

Die straflose Vortat

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität
in Mainz

von

Gerhard Haase
Landgerichtsrat

1965.

D I E S T R A F L O S E V O R T A T

DISSERTATION

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität

in Mainz

von

Gerhard Haase

Landgerichtsrat

1965



Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. jur. Peter Noll

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. jur. Dietrich Lang-Hinrichsen

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1965

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S :

Einleitung	S. 1
I. Teil	
Klärung des Begriffs "straflose Vortat" und Einordnung in das Strafrechtssystem	S. 5
1.) Die methodische Einordnung der straflosen Vortat in das Straf- rechtssystem in Schrifttum und Rechtsprechung	S. 5
A. Die straflose Vortat als Erschei- nungsform der juristischen Hand- lungseinheit	S. 6
B. Die straflose Vortat als Erschei- nungsform der Gesetzeskonkurrenz	S. 8
C. Die straflose Vortat als Erschei- nungsform der unechten Realkon- kurrenz	S. 14
D. Die straflose Vortat als Erschei- nungsform der natürlichen Hand- lungseinheit	S. 16
E. Die straflose Vortat als Erschei- nungsform eines persönlichen Straf- ausschließungsgrundes	S. 20
2.) Kritische Stellungnahme zu den in Schrifttum und Rechtsprechung ver- tretenen Ansichten	S. 21
A. Terminologische und sachliche Klä- rung der Grundbegriffe der Konkur- renzlehre	S. 22
a) Der strafrechtliche Handlungs- begriff	S. 23
b) Der Begriff der natürlichen Hand- lungseinheit	S. 31

c) Der Begriff der juristischen Handlungseinheit	S. 34
d) Der Begriff der Gesetzeskonkurrenz	S. 36
B. Einordnung der straflosen Vortat in das Strafrechtssystem	S. 40
a) Einzelne Teilabschnitte einer Handlung im juristischen Sinne sowie einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit können nicht als straflose Vortaten angesehen werden	S. 41
b) Die straflose Vortat ist eine Erscheinungsform der Handlungsmehrheit	S. 50
1.) Die straflose Vortat ist kein Anwendungsfall der Gesetzeskonkurrenz, sondern scheinbare Realkonkurrenz	S. 52
2.) Die Strafflosigkeit der Vortat beruht nicht auf einem persönlichen Strafausschließungsgrund	S. 64
3.) Die Strafflosigkeit der Vortat beruht auf dem Gedanken der Subsidiarität	S. 67
C. Zusammenfassung und Definition des Begriffs der straflosen Vortat	S. 81

II. Teil

Darstellung der für die Praxis bedeutsamen Fälle der straflosen Vortat	S. 84
1.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von versuchtem und vollendetem Delikt	S. 84

- | | |
|---|--------|
| 2.) Die straflose Vortat beim Zusammen-
treffen mehrerer Teilnahmeformen in
der Person eines Täters | S. 91 |
| 3.) Die straflose Vortat beim Zusammen-
treffen von Grunddelikt mit dem ent-
sprechenden qualifizierten Delikt | S. 98 |
| 4.) Die straflose Vortat beim Zusammen-
treffen von Fahrlässigkeitsdelikt
mit dem entsprechenden Vorsatzdelikt | S. 113 |
| 5.) Die straflose Vortat beim Zusammen-
treffen von Gefährdungsdelikt mit dem
entsprechenden Verletzungsdelikt | S. 117 |
| 6.) Die straflose Vortat beim Zusammen-
treffen von Tathandlungen im Sinne von
"Herstellen einer falschen Urkunde"
und "Gebrauchmachen einer gefälschten
Urkunde" | S. 123 |
| 7.) Zusammenfassung | S. 135 |

III. Teil

Darstellung der Fälle, in denen die üblicher-
weise straflos bleibende Vortat für die straf-
rechtliche Beurteilung von Bedeutung sein kann

S. 137

- | | |
|---|--------|
| 1.) Verjährung der straflosen Vortat | S. 137 |
| 2.) Die straflose Vortat beim Vorliegen von
Rechtfertigungs- oder Schuldausschlie-
ßungsgründen | S. 138 |
| 3.) Die Auswirkungen des strabefreienden
Rücktritts vom Versuch auf die straf-
lose Vortat | S. 141 |
| 4.) Die Teilnahme an der straflosen Vortat | S. 142 |

Anhang

Möglichkeiten der gesetzlichen Regelung der
straflosen Vortat im Rahmen der großen Straf-
rechtsreform

S. 145

E I N L E I T U N G :

Der Begriff "straflose Vortat" wird im Gegensatz zu dem Begriff "straflose Nachtat" in der Literatur nur verhältnismäßig wenig behandelt; in der Rechtsprechung findet er, soweit ersichtlich, kaum Erwähnung. Meist wird der Problemkreis der straflosen Vortat unter der Bezeichnung "straflose Vor- und Nachtat" erörtert. Um bei der Darstellung der im Schrifttum vertretenen Ansichten vollständig zu sein, erweist es sich deshalb als notwendig, teilweise auch auf die Problematik der straflosen Nachtat einzugehen.

Während die straflose Nachtat in ihrer Auswirkung erhebliche Bedeutung erlangt hat, ist dem Problem der straflosen Vortat bisher eine besondere Tragweite nicht beigemessen worden.¹⁾ Dies liegt insbesondere daran, daß eine dogmatisch befriedigende Abgrenzung des Begriffs "straflose Vortat" bisher nicht vorgenommen worden ist und daß oft Fälle als straflose Vortat bezeichnet werden, die gerade nicht zu diesem Problem gehören, während man andererseits, insbesondere in der Rechtsprechung, bemüht ist, die wirklichen Fälle strafloser Vortaten dadurch zu klären, daß man das Vorliegen von Handlungseinheit oder Gesetzeskonkurrenz annimmt. Allein hieraus ist es zu verstehen, daß der Begriff der straflosen Vortat verhältnismäßig bedeutungslos erscheint. Es ist das Ziel dieser Untersuchung, eine Klärung des Problems der straflosen Vortat herbeizuführen und eine Einordnung in das Strafrechtssystem, insbesondere in die Konkurrenzlehre, vorzunehmen.

1) Maurach, AT, S. 656

Wegen der unvollständigen Regelung der Konkurrenzen in unserem Strafgesetzbuch bestehen bei weitgehender Einigkeit in den Einzelfragen doch so starke Meinungsverschiedenheiten über die systematischen Grundlagen, daß es fast unmöglich ist, eine anerkannte Systematik oder auch nur eine anerkannte Terminologie vorauszusetzen. Es wird daher in dieser Untersuchung notwendig sein, eine dogmatische und terminologische Prüfung anderer, zu dem Problemkreis der straflosen Vortat gehörender Begriffe vorzunehmen. So kann eine Einordnung der straflosen Vortat in das Strafrechtssystem nur dann zu einem befriedigenden Ergebnis führen, wenn zunächst die für die Konkurrenzlehre grundlegenden Begriffe der Handlung sowie der natürlichen und juristischen Handlungseinheit geklärt werden. Hierbei wird es ausdrücklich vermieden, neue Begriffsbildungen herauszuarbeiten oder eingeführte Terminologien zu erweitern oder einzuengen, sondern es ist das Ziel dieser Arbeit, das Problem der straflosen Vortat nach Möglichkeit im Rahmen der bestehenden Dogmatik zu behandeln, soweit sich eine allgemein anerkannte Begriffsbildung erkennen läßt. Nur auf diese Weise scheint es möglich, ein Ergebnis zu finden, welches für die Strafrechtspraxis, die erfahrungsgemäß dogmatischen Neuerungen gegenüber zurückhaltend bleibt, fruchtbar sein kann. Der Begriff der straflosen Vortat soll somit im Rahmen der bestehenden Systematik behandelt werden, so daß auf terminologische Unklarheiten zwar hinzuweisen ist, wie z.B. bei dem Begriff der Gesetzeskonkurrenz, daß aber nicht versucht wird, eine eingeführte Terminologie zu ändern.

Der Problemkreis der straflosen Vortat wird teilweise auch unter der Bezeichnung "mitbestrafte Vortat" behandelt.²⁾ Es wird nicht verkannt, daß hierdurch deutlicher hervortritt, daß der Grund für die Straflosigkeit der

2) Maurach, S. 656

Vortat darin liegt, daß die Strafbarkeit der Vortat durch die Bestrafung wegen einer später begangenen Tat, der Haupttat, mit abgegolten sein soll. Jedoch wird der Begriff "straflose Nachtat" insbesondere in der Rechtsprechung ³⁾ sehr häufig verwandt, so daß es zweckmäßig erscheint, als Gegensatz hierzu die Bezeichnung "straflose Vortat" zu gebrauchen. Im übrigen wird hierdurch ebenfalls hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß es neben der straflos bleibenden Vortat auch noch eine andere, nämlich eine Haupttat geben muß.

Nach der überwiegenden Meinung der Literatur sind Fälle strafloser Vortat vor allem dann denkbar, wenn der Täter eine Straftat zunächst nur versucht hat und diese erst später vollendet, wenn er sich zunächst nur als Teilnehmer an einer Tat beteiligt hat, später aber auch als Mittäter handelt oder wenn der Täter zunächst nur ein konkretes Gefährdungsdelikt begeht und später den entsprechenden Verletzungstatbestand verwirklicht. Ein Beispiel für diesen letzten Fall ist die Aussetzung nach § 221 StGB (konkretes Gefährdungsdelikt), die ein Mittel zu der Tötung des Opfers sein soll (Verletzungsdelikt).

Wenn auch die dogmatische Begründung für diese Erscheinungsformen der straflosen Vortat völlig unterschiedlich ist, so läßt sich doch ein Grundprinzip erkennen: Von strafloser Vortat kann nur dann gesprochen werden, wenn es mindestens zwei selbständige, strafrechtlich relevante Handlungen gibt, die sich bei isolierter Betrachtung als selbständig strafwürdig darstellen können, bei denen aber bei gebundener Betrachtungsweise die an sich bestehende Strafbarkeit der Vortat durch die Bestrafung für die Haupttat mit abgegolten wird, so daß bei Begehung von Vor- und Haupttat (z.B. Versuch und Vollendung) eine Bestrafung wegen der Vortat auch dann nicht in Betracht kommt, wenn die beiden Straftaten unter den Voraussetzungen der Handlungsmehrheit begangen worden sind.

3) für andere: RG 48/291

Die Tatsache, daß die Rechtsprechung es bisher vermieden hat, eine klare systematische Einordnung der straflosen Vortat in das Strafrechtssystem vorzunehmen, führte zu methodisch und dogmatisch nicht fundierten Ergebnissen und damit zu widersprechenden Entscheidungen selbst höchster Gerichte. Dieser Mangel wirkte sich insbesondere nachteilig auf die Grenzziehung zwischen selbstständig strafbarer und strafloser Vortat aus. Die Folge der fehlenden Systematik ist eine teilweise nicht gerechtfertigte Ausweitung des Anwendungsbereichs der straflosen Vortat. Gerade einer solchen Ausweitung soll in der vorliegenden Arbeit entgegengetreten werden, da die Anwendung des Begriffs der straflosen Vortat, der seinerseits wieder auf dem Gedanken der Subsidiarität beruht und naturgemäß nur durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt werden kann, in einem Strafrechtssystem, welches von der strengen Tatbestandsmäßigkeit der verbrecherischen Handlung ausgeht, nur auf Ausnahmefälle beschränkt sein darf.

I. T E I L :

KLÄRUNG DES BEGRIFFS "STRAFLOSE VORTAT" UND EINORDNUNG IN DAS STRAFRECHTSSYSTEM.

1.) Die methodische Einordnung der "straflosen Vortat" in das Strafrechtssystem in Schrifttum und Recht- sprechung.

Der Problemkreis der straflosen Vortat ist früher in der Literatur nur deskriptiv behandelt worden, ohne daß der Versuch unternommen wurde, den Begriff der straflosen Vortat in das Strafrechtssystem einzuordnen.⁴⁾ So hat noch Merkel 1908 in der "Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts"⁵⁾ das Problem erkannt, jedoch auf eine Einordnung in das Strafrechtssystem verzichtet.

Frank⁶⁾ behandelt in der 1908 erschienenen Auflage die Vortaten als Delikte, die ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium bilden, wie z.B. den Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl, während er die Nachtaten als Handlungen beschreibt, die lediglich Tataußerungen einer schon zum Tatbestand eines vorangegangenen Delikts gehörenden Schuld sind; als Beispiel hierfür wird der Verbrauch einer gestohlenen Sache erörtert. Beide Fälle behandelt Frank unter dem Gesichtspunkt der Konsumtion.

In der Folgezeit wird eine Eigenbehandlung des Problems der straflosen Vor- und Nachtat angestrebt.

Ein Vergleich der im Schrifttum vertretenen Ansichten zeigt deutlich, daß, ausgenommen die alleinstehende Auffassung von Maurach⁷⁾, bei aller Verschiedenheit der Meinungen doch eine Gemeinsamkeit festzustellen ist: Stets wird versucht, die herkömmlicherweise als Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Begriffe, näm-

4) Hälschner, S. 659, v. Liszt, 1896, S. 221, Allfeld, S. 237

5) Bd. V, S. 402

6) Frank, 1908, § 73, Anm. 2c

7) Maurach, AT, S. 656

lich Subsidiarität und Konsumtion, auch auf die Fälle strafloser Vor- und Nachtat anzuwenden. Nur der Weg, der die Anwendung dieser Begriffe ermöglichen soll, ist verschieden, während im Ergebnis weitgehend Übereinstimmung herrscht. Als Lösung wird hierbei die Annahme juristischer Handlungseinheit, die unmittelbare Anwendung der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz, die scheinbare Real-konkurrenz, die natürliche Handlungseinheit und schließlich die Annahme, daß Gesetzeskonkurrenz auch bei Tat-mehrheit möglich sei, vorgeschlagen.

A. Die straflose Vortat als Erscheinungsform der juristischen Handlungseinheit.

v. Liszt - Schmidt ⁸⁾, v. Hippel ⁹⁾, Mezger ¹⁰⁾, Mayer ¹¹⁾, und Lilienfeld ¹²⁾ behandeln die Erscheinungsform der straflosen Vor- und Nachtat unter dem Gesichtspunkt der "Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit". Sie gehen davon aus, daß auch eine Mehrheit von Handlungen der strafrechtlichen Betrachtungsweise als eine Verbrechenseinheit erscheinen könne. Sie rechnen hierzu die fortgesetzte Tat, die zusammengesetzten Verbrechen sowie die straflosen Vor- und Nachtaten. Die straflose Vortat wird hierbei als die verbrecherische Handlung aufgefaßt, die als Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechens gedient hat, wie z.B. der Hausfriedensbruch und die Sachbeschädigung beim schweren Diebstahl. Sie gehen weiter davon aus, daß die rechtliche Behandlung der Verbrechenseinheit

8) v. Liszt-Schmidt, S. 354

9) v. Hippel, 1930, S. 549

10) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 463, jedenfalls für folgendes von ihm beschriebenes Beispiel: Der 1. Schuß geht fehl; der Mörder faßt einen neuen Entschluß und schießt zum zweitenmal. (Im übrigen vertritt Mezger die unter B beschriebene Ansicht.)

11) Mayer, S. 410, 413

12) Lilienfeld, S. 25

die gleiche sei, mag sie sich als Handlungseinheit oder als Handlungsmehrheit darstellen. Sie sind deshalb der Ansicht, daß in beiden Fällen die Grundsätze der Gesetzeskonkurrenz anwendbar seien.

v. Hippel führt hierzu ergänzend aus,¹³⁾ daß mehrere, im natürlichen Sinne selbständige Handlungen deshalb zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden, weil sie sich gegen dasselbe Rechtsgut wenden und durch beide dieselbe verbrecherische Absicht verwirklicht wird. v. Hippel ist der Meinung, daß in solchen Fällen verständige Gesetzesauslegung lehre, daß entweder nur das erste oder das zweite Gesetz zur Anwendung kommen könne, "weil und insoweit es den ganzen Fall strafrechtlich erschöpfend erledige"¹⁴⁾.

Mezger behandelt die straflosen Vor- und Nachtaten nicht einheitlich. Zunächst erörtert er¹⁵⁾ die straflosen Vor- und Nachtaten im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz, weist aber darauf hin, daß diese insofern eine eigenartige Gruppe bildeten, als es sich bei ihnen immer um zeitlich aufeinander folgende Vorgänge handele, die verschiedenen Strafgesetzen unterständen. Mezger sieht das Wesen der straflosen Vor- und Nachtaten in der "Mittel-Zweck-Beziehung" zwischen Vor- und Haupttat und der "Begehung-Verwertung-Beziehung" zwischen Haupt- und Nachtat. Als Beispiel für die straflose Vortat führt Mezger den Fall des Hausfriedensbruchs zum Zwecke des schweren Diebstahls an. Bezüglich der straflosen Nachtat gibt Mezger das Beispiel, daß der Dieb die gestohlene Sache später zerstört.

13) v. Hippel, 1930, S. 549

14) So auch Köhler, S. 553, 556

15) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 467

An anderer Stelle macht jedoch Mezger ¹⁶⁾ Ausführungen hinsichtlich der Vortaten, die ihrer Natur nach auf einem anderen Entschluß beruhen als die eigentliche Haupttat. Mezger führt als Beispiel den Fall an, daß der erste Schuß des Mörders fehlgeht, und dieser auf Grund eines neuen Entschlusses ein zweites Mal schießt und nunmehr trifft. Mezger sieht hierin kein Beispiel für eine straflose Vortat, sondern faßt derartige Fälle unter dem Begriff einer juristischen Handlungseinheit zusammen und läßt die Regeln der Gesetzeskonkurrenz Anwendung finden. Insofern stimmt er also mit den Ansichten von v. Liszt-Schmidt und v. Hippel überein.

H. Mayer bezeichnet dagegen als straflose Vortaten Vorbereitungshandlungen, welche für sich nur dann als strafbar erklärt seien, falls die Haupttat ausbliebe, und als straflose Nachtaten nur solche Handlungen, welche die strafbare Absicht weiterführten. ¹⁷⁾

Trotz der teilweise abweichenden Begründung kommen jedoch Mezger, v. Liszt-Schmidt, v. Hippel, H. Mayer und Lilienfeld zu dem Ergebnis, daß die straflosen Vor- und Nachtaten nur als Erscheinungsform einer juristischen Handlungseinheit gewertet werden können.

B. Die straflose Vortat als Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz.

Die überwiegende Meinung in der Literatur erfaßt die straflose Vortat als einen Fall der Gesetzeskonkurrenz. Diese Ansicht wird insbesondere von Mezger ¹⁸⁾, Sauer ¹⁹⁾,

16) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 463

17) H. Mayer, S. 410, 413

18) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 467 (es ist bereits in Anm. 10 darauf hingewiesen worden, daß Mezger in seinen Ansichten nicht einheitlich ist).

19) Sauer, S. 229 ff.

Mühlmann-Bommel ²⁰⁾, Kohlrausch-Lange ²¹⁾, Welzel ²²⁾, Nagler-Jagusch ²³⁾, Petters ²⁴⁾ und Schwarz-Dreher ²⁵⁾ vertreten. Auch Becker ²⁶⁾, Schönke-Schröder ²⁷⁾ und Geerds ²⁸⁾ beschreiben die straflose Vortat als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz, und zwar als Fall der Subsidiarität oder Konsumtion. In der Begründung dieser Ansicht finden sich jedoch starke Abweichungen.

Mezger ²⁹⁾ stellt in den Vordergrund die Mittel-Zweck-Beziehung zwischen Vor- und Haupttat. Er führt als Beispiel den Hausfriedensbruch an, der zum Zweck des schweren Diebstahls im Sinne des § 243 StGB Abs. I, Zif. 2 StGB begangen wird. Diese Ansicht wird auch von Petters, Nagler-Jagusch, Schwarz-Dreher und Kohlrausch-Lange vertreten.

Petters ³⁰⁾ geht hierbei davon aus, daß die Fälle der "sog. straflosen Vor- und Nachtaten" eine "Art Gesetzeskonkurrenz" bildeten. Er hebt hervor, daß hierbei mehrere äußerlich getrennte Tätigkeitsakte vorlägen. Von einer Vortat spreche man dann, wenn die eine Straftat nach ihrer äußeren und inneren Gestaltung regelmäßig die notwendigen Voraussetzungen für die Begehung der zweiten Straftat bilde, wie z.B. der Fall des Hausfriedensbruchs beim schweren Diebstahl. Eine straflose Nachtat liege vor, wenn die zweite Tat kein neues Rechtsgut verletze, sondern der durch die Vortat entstandene Schaden durch einen erneuten Eingriff in das gleiche Rechtsgut zum Nachteil des schon durch die erste Straftat Geschädigten lediglich vergrößert werde.

20) Mühlmann-Bommel, § 73, Anm. 11c

21) Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. III, 3,4

22) Welzel, S. 197

23) LK, § 73, Anm. C5 (Anhang)

24) Petters, Einführung, S. 13

25) Schwarz-Dreher, Anm. 6 vor § 73

26) Becker, S. 30

27) Schönke-Schröder, Vorb. VII, 57 ff zu § 73

28) Geerds, S. 163

29) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 467

30) Petters, Einführung, S. 13

Während sich bei Schwarz-Dreher ³¹⁾ und Mühlmann-Bommel ³²⁾ diese Begründung wiederfindet, behandeln Nagler-Jagusch ³³⁾ die straflosen Vor- und Nachtaten in einem gesonderten Anhang zur Gesetzeskonkurrenz. Sie führen aus, daß die Unsicherheiten des Begriffs der Gesetzeskonkurrenz diese Bezeichnungen habe aufkommen lassen, die über das Wesen der Sache keinen Aufschluß gäben. Strafblose Nachtat müsse als Verwertungsdelikt, straflose Vortat dagegen als Fall der Subsidiarität und der Konsumtion aufgefaßt werden. Als Beispiel für die straflosen Vortaten werden insbesondere Vorbereitungs- und Versuchshandlungen angeführt.

Welzel ³⁴⁾ behandelt die straflosen Vor- und Nachtaten ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz und speziell die straflose Vortat als Unterfall der Subsidiarität. Die straflose Nachtat sieht Welzel als Verwertungsdelikt, während er als Beispiel für die straflosen Vortaten den Fall des konkreten Gefährdungsdelikts gegenüber dem entsprechenden schwereren Verletzungsdelikt (§ 221 StGB gegenüber § 211 StGB) und das Verhältnis von Versuch zur Vollendung derselben Tat beschreibt.

Sauer und Kohlrausch-Lange, welche die straflosen Vor- und Nachtaten ebenfalls als Fälle der Gesetzeskonkurrenz erfassen, streben jedoch eine völlige Neuordnung der Konkurrenzlehre an.

Sauer ³⁵⁾ unterscheidet zwischen abstrakter (Spezialität und Subsidiarität) und konkreter (Konsumtion) Gesetzeskonkurrenz. Während seiner Ansicht nach bei abstrakter Gesetzeskonkurrenz in jedem Fall das eine Gesetz gegenüber dem anderen zurücktrete, sei diese Erscheinungsform bei der konkreten Gesetzeskonkurrenz nicht zwingend.

31) Schwarz-Dreher, Anm. 6 vor § 73

32) Mühlmann-Bommel, § 73, Anm. 11c

33) LK, Anm. C 5 (Anhang)

34) Welzel, S. 197

35) Sauer, S. 229 ff.

Sauer beschreibt anschließend drei Fallgruppen, die der Konsumtion fähig seien, nämlich die Begleittat als Nebentat, die Vortat als Mittel zur Haupttat und die Nachtat. In der ersten Gruppe erfaßt Sauer die Fälle, die im Schrifttum meist als straflose Vortaten beschrieben werden, so z.B. den Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl nach § 243 StGB, während er in der zweiten Gruppe die sog. Vorbereitungs- und Versuchshandlungen anführt, soweit diese straflos bleiben können; zu der dritten Gruppe rechnet Sauer die üblicherweise als Verwertungshandlungen bezeichneten Taten. Alle diese Fälle werden von Sauer trotz seiner Vorbehalte gegen das herkömmliche Konkurrenzsystem als Gesetzeskonkurrenz aufgefaßt.

Kohlrausch- Lange ³⁶⁾ behandeln die Fälle der Gesetzeskonkurrenz unter dem Begriff der Konsumtion, da sie die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" für unrichtig halten. Innerhalb des Begriffes der Konsumtion beschreiben sie die Erscheinungsform der straflosen Vor- und Nachtat.³⁷⁾ Die als Mittel zu einer Straftat begangene Handlung sehen sie als straflose Vortat an, während sie die straflose Nachtat als Verwertungsdelikt darstellen. Die Frage, ob eine Vor- oder Nachtat straflos bleibe, bestimmt sich nach ihrer Ansicht nicht aus bloß logischen Gesichtspunkten, sondern nach dem Schwerpunkt der Tat.

Während bei den bisher dargestellten Ansichten außer Betracht bleibt, ob es sich bei den Fällen strafloser Vor- und Nachtaten um eine Erscheinungsform der Handlungseinheit oder der Handlungsmehrheit handelt, wird von

36) Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. III, 3, 4

37) Kohlrausch-Lange, ebda.

Becker ³⁸⁾, Schönke-Schröder ³⁹⁾ und Geerds ⁴⁰⁾ die Auffassung vertreten, daß es sich bei den straflosen Vor- und Nachtaten, obwohl diese nur bei Handlungsmehrheit denkbar seien, um einen Fall der Gesetzeskonkurrenz handele.

Becker ⁴¹⁾ und Geerds ⁴²⁾ sind der Ansicht, daß das Problem der straflosen Vor- und Nachtat nur dadurch gelöst werden könne, daß man in ihnen eine Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz sehe. Beide führen in bewußtem Gegensatz zur bestehenden Dogmatik aus, daß Voraussetzung für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz nicht die Handlungseinheit sei, sondern daß Gesetzeskonkurrenz auch gegeben sein könne, wenn Handlungsmehrheit vorliege. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß unter diesem Gesichtspunkt die von dem Schrifttum entwickelten Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz auch auf die Fälle strafloser Vor- und Nachtat anwendbar seien.

Nach Ansicht von Schönke-Schröder lassen sich die Erscheinungsformen der Gesetzeskonkurrenz- als unechter Idealkonkurrenz - unter den Bezeichnungen Subsidiarität, Spezialität und strafloser Vor- und Nachtat zusammenfassen, ⁴³⁾ wobei Gesetzeskonkurrenz sowohl bei Handlungseinheit als auch bei Handlungsmehrheit vorkomme. Zur Begründung der Straflosigkeit der Vor- und Nachtaten wird ausgeführt, daß diese mit der Haupttat in der Weise eine Bewertungseinheit bilden, daß der Eingriff in die fremde Rechtssphäre gegenüber dem Ausbau und der Vertiefung dieser Interessenverletzung eine exklusive Wirkung besitzt. Schönke-Schröder sind deshalb der Ansicht, daß die Ausübung, Verwertung oder Sicherung der durch eine

38) Becker, S. 30

39) Schönke-Schröder, Vorb. VII, 57 ff. zu § 73

40) Geerds, S. 163

41) Becker, S. 30

42) Geerds, S. 163

43) So auch Schröder in MDR 1950/398

strafbare Handlung erlangten Position gegenüber dem rechtswidrigen Einbruch in die fremde Rechtssphäre weder zum selbständigen strafrechtlichen Ansatz komme noch daß sie dessen Gewicht übersteigen könne; nicht die eine Strafe verdränge die andere, sondern der Eingriff in die fremde Rechtssphäre sei ausschließliche Bewertungsgrundlage und schließe die selbständige strafrechtliche Beurteilung der Sicherung und Verwertung der durch diese Tat erlangten Vorteile aus. Schönke-Schröder kommen deshalb zu dem Ergebnis, daß eine Bestrafung wegen einer Vortat nicht erfolge, weil das Schwergewicht bei der Nachtat liege und der Gesamtkomplex der Straftaten nur unter dem Gesichtspunkt der nachfolgenden Tat zu bewerten sei. Als Beispiel für eine straflose Vortat führen sie das Verhältnis von Vorbereitungshandlung oder Versuch gegenüber dem vollendeten Delikt an. Eine Bestrafung ent falle deshalb beim Versuch nicht nur, wenn dieser sofort oder innerhalb kurzer Frist in die Vollendung übergehe, sondern auch, wenn er ergebnislos gewesen sei und der Täter erst nach einer gewissen Zeit seine Tat fortsetze und erfolgreich zu Ende führe.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß der überwiegende Teil des Schrifttums in den straflosen Vor- und Nachtaten einen Anwendungsfall der Gesetzeskonkurrenz sieht. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Auffassung, welche die straflose Vortat nur unter dem Gesichtspunkt des Mittel-Zweckverhältnisses zur Haupttat, und somit als Anwendungsfall der Konsumtion oder Subsidiarität bei Handlungseinheit sieht, und derjenigen, welche die straflose Vortat als Fall der Handlungsmehrheit erfaßt, jedoch davon ausgeht, daß Gesetzeskonkurrenz auch bei Handlungsmehrheit angenommen werden könne.

C. Die straflose Vortat als Erscheinungsform der unechten Realkonkurrenz.

Honig ⁴⁴⁾ hat erstmals herausgestellt, daß straflose Vor- und Nachtaten nur dann vorliegen können, wenn mehrere Handlungen gegeben sind. Da Honig weiter davon ausgeht, daß Gesetzeskonkurrenz nur beim Vorliegen einer Handlung oder einer Handlungseinheit angenommen werden könne, erfaßt er die straflosen Vor- und Nachtaten als Erscheinungsform der Realkonkurrenz, wobei er die Bezeichnung "scheinbare Realkonkurrenz" für richtig hält. Honig geht ferner davon aus, daß die allgemein als Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz dargestellten Auslegungsregeln der Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität und Alternativität in Wirklichkeit nicht Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz seien, sondern im Gegenteil müsse nach seiner Ansicht die Gesetzeskonkurrenz nur als ein Unterfall jener Grundsätze angesehen werden. Honig ist der Auffassung, daß die bisher nur auf die Gesetzeskonkurrenz - als scheinbarer Idealkonkurrenz - angewandten Grundsätze der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität ebenfalls auf die Fälle strafloser Vor- und Nachtaten als scheinbarer Realkonkurrenz anwendbar seien.

Baumann folgt weitgehend den Ansichten von Honig und nimmt hierauf ausdrücklich Bezug, ⁴⁵⁾ Er sieht in Übereinstimmung mit Honig die straflosen Vor- und Nachtaten als Erscheinungsform der Realkonkurrenz an, auf welche die für die Gesetzeskonkurrenz entwickelten Begriffe der Konsumtion und Subsidiarität anwendbar seien.

Ebenfalls erfaßt Gelbert ⁴⁶⁾ die straflosen Vor- und Nachtaten als Erscheinungsform der Realkonkurrenz. Er

44) Honig, S. 3, 5, 11

45) Baumann, S. 584 ff.

46) Gelbert, S. 27

sieht den Grund für die Straflosigkeit bestimmter Vor- und Nachtaten in einer Wertung der vom Täter bewußt gesetzten Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter. Die geschützten Rechtsgüter würden nur nach dem Maß der Gefährlichkeit von Angriffen in den verschiedenen Stadien ihrer Beeinträchtigung geschützt. Die "Vortat" sei nichts anderes als eine tatbestandlich verselbständigte Vorbereitungshandlung zur tatbestandlich fixierten Angriffshandlung auf das Rechtsgut. Komme es zur Begehung der Haupttat, sei die auf Verwirklichung der Vortat gesetzte Strafdrohung "subsidiär".

In ähnlicher Weise versucht Beling ⁴⁷⁾ das Problem der straflosen Vortat dadurch zu lösen, daß er den Erscheinungsformen der Täterzusammengehörigkeit, nämlich der Mitäterschaft, der Anstiftung und Beihilfe, die Handlungen systematisch gleichstellt, "die sich darin erschöpfen, daß sie nach einer Tatbestandsverwirklichung den dadurch geschaffenen rechtswidrigen Zustand festhalten oder verlängern." Beling spricht in diesem Zusammenhang von "Nachtäterschaft". Er führt hierzu aus, daß es Strafgesetze gebe, die auch bei Verwirklichung ihrer Tatbestände durch mehrere Handlungen nicht nebeneinander angewandt sein wollten, sondern so gestellt seien, daß bei bestimmtem tatsächlichen Zusammenhang der Tatbestandsverwirklichungen das eine unanwendbar sei. Alle Tatbestände entbehren nach Beling insoweit der Beachtlichkeit, als sie in die Sphäre des bloßen Nachhandelns nach der Verwirklichung eines anderen Tatbestandes fallen. Beling kommt zu dem Ergebnis, daß dann, wenn den Vortäter wegen der Ausführung der Tat Strafe treffe, diese Strafe auch die Nachhandlung decken müsse. Es werde dann die Erscheinungsform der Nachtäterschaft durch die Vortat ausführung konsumiert.

47) Beling, "Die Lehre vom Verbrechen", S. 472.

Schröder ⁴⁸⁾ weist darauf hin, daß für alle Fälle von scheinbarer Realkonkurrenz, zu denen die straflose Vortat gerechnet werden müsse, die Feststellung zutreffe, daß die mehrfache Verletzung des gleichen Rechtsgutes in der Regel nicht mehrfache Bestrafung verdiene, sondern nur eine dieser Verletzungen den Unwert aller zu einer Bewertungseinheit zusammengezogenen Fälle repräsentiere; diese trete dann strafrechtlich allein in Erscheinung. Insoweit sei die Anwendung des Begriffs "Konsumtion" geboten. Nach welchen Gesichtspunkten sich ein solches Vorrangverhältnis zwischen mehrfachen Verletzungen des gleichen Rechtsguts ermitteln lasse, könne generell überhaupt nicht bestimmt werden, sondern ergebe sich aus der Bewertung des Einzelfalles. Daß es sich hierbei nicht um einen Vorrang der Tatbestände handele, sondern daß der Wert der konkreten Tat entscheide, ergebe sich aus der Tatsache, daß durchaus nicht immer das schwerere Delikt das leichtere ausschließe.⁴⁹⁾ Ohne eine abschließende Stellungnahme abzugeben, kommt Schröder zu der Formulierung, daß überall da, wo der Täter für das "Haben-Wollen" von deliktischen Vorteilen bereits bestraft werde, er wegen des "Behalten-Wollens" nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden könne.

D. Die straflose Vortat als Erscheinungsform der natürlichen Handlungseinheit.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes wird der Begriff "straflose Vortat" nur selten verwendet, und zwar nur im Zusammenhang mit den gesetzlich normierten Fällen der straflosen Vortat. Es handelt sich hierbei um die selbständig unter Strafe gestell-

48) MDR 50/399

49) Schröder weist darauf hin, daß bei Zerstörung einer durch Mundraub erlangten Sache die Sachbeschädigung mit abgegolten sei.

ten Vorbereitungshandlungen, nämlich die Vorbereitung zum Hochverrat nach § 81 StGB, die Vorbereitung zum Münzvergehen nach § 151 StGB, die Aufforderung zum Zweikampf nach § 201 StGB und um die Vorbereitung zum Mord nach § 49a StGB⁵⁰⁾. In diesen Fällen bleibt die Vorbereitungstat straffrei, wenn es zur Begehung der eigentlichen Haupttat kommt. Die gesetzlich normierten Fälle der straflosen Vortat sollen jedoch nicht im Vordergrund dieser Arbeit stehen, da über ihre rechtliche Behandlung weitgehend Einigkeit besteht.

Ebensowenig braucht bei der Würdigung der Rechtsprechung auf die von einem Teil des Schrifttums als straflose Vortaten bezeichneten Fälle eingegangen zu werden, in denen die Vortat lediglich Durchgangsdelikt zur eigentlichen Haupttat ist (Beispiel: Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl). Hier wird übereinstimmend Gesetzeskonkurrenz angenommen. Insofern sind bei der Erörterung dieses Problems in der Rechtsprechung jedenfalls in neuerer Zeit keine Streitfragen entstanden.

Jedoch sind gerade in letzter Zeit einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergangen, die sich mit der Erscheinungsform der straflosen Vortat befassen. In diesen Entscheidungen wird das Problem der straflosen Vortat allerdings unter dem Gesichtspunkt der Konsumtion, der natürlichen Handlungseinheit oder unter Vermischung beider Begriffe behandelt. Hierzu gehören vor allem die später noch im einzelnen zu erörternden Entscheidungen in BGH 4/219, 10/129 und 8/302. Allen diesen Entscheidungen liegen Vorfälle zugrunde, in denen der Täter zunächst eine Vortat beendet hatte und später durch eine weitere Handlung erneut einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt hat.

50) Dieser letzte Fall ist bestritten, a.A. Maurach, S. 585.

In dem in BGH 4/219 veröffentlichten Fall hatte ein Angeklagter mit anderen verabredet, in eine versperrte Verkaufsbude einzubrechen. Während er mit der Ausführung der Tat begann, bezogen die anderen Warnposten. Als sich ein Streifenwagen der Polizei näherte, liefen die Aufpasser weg. Der Angeklagte ließ ebenfalls von seinem Vorhaben ab. Nachdem der Streifenwagen vorbeigefahren war, beschloß er erneut, den Einbruch durchzuführen. Erst jetzt kam es zur Vollendung des Diebstahls. Der Bundesgerichtshof ist hier der Ansicht, daß nur eine Bestrafung wegen vollendeten Diebstahls in Betracht komme, weil "die beiden Fälle wegen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs eine natürliche Handlungseinheit gewesen seien."

Eine ähnliche Begründung wird in der in BGH 10/129 veröffentlichten Entscheidung gegeben. Diesem Urteil lag der Fall zugrunde, daß der Täter zunächst versuchte, sein Opfer mit einer Flasche zu töten. Nach dem Scheitern dieses Tötungsversuchs faßte der Täter den Entschluß, sein Opfer zu erwürgen. Auch diesen Vorgang wertet der Bundesgerichtshof als natürliche Handlungseinheit, macht jedoch die Einschränkung, daß etwas anderes gelten könne, wenn der Täter ursprünglich nur mit einem bestimmten Mittel die Tat habe begehen wollen.

In der für die Praxis so bedeutsamen Entscheidung in BGH 8/302 beschreibt der Bundesgerichtshof unter anderem den Fall, daß der Täter zunächst eine uneidliche falsche Aussage gemäß § 153 StGB gemacht hat und in einem späteren Termin diese Aussage beeidet. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist es ohne Belang, ob der Täter von vornherein in sein Bewußtsein aufgenommen hat, er werde die Aussage notfalls beeiden, oder ob er erst bei dem letzten Termin mit der Möglichkeit der Eidesleistung konfrontiert wird und sich erst dann entschließt, seine

Aussage zu beeiden, oder ob er sogar bei Begehung der uneidlichen falschen Aussage den festen Vorsatz hatte, seine Aussage gegebenenfalls nicht zu beeiden, und daß er sich erst bei erneuter Vernehmung aus Furcht vor Bestrafung entschließt, doch die unwahre Aussage zu beschwören. Zur Begründung seiner Ansicht führt der Bundesgerichtshof in derselben Entscheidung verschiedene Begriffe der Strafrechtsdogmatik an, die sich jedoch zum Teil gegenseitig ausschließen. So heißt es einmal ⁵¹⁾: "Aus dem Zusammenspiel der §§ 153 und 154 StGB ergibt sich, daß in allen diesen Fällen die Schuld der uneidlichen falschen Aussage durch die Verurteilung wegen Meineids abgegolten wird." Diese Formulierung läßt darauf schließen, daß die Form der Konsumtion oder der Subsidiarität angenommen werden soll, und zwar unabhängig davon, ob die Tatbestände der §§ 153 und 154 StGB durch eine oder durch mehrere Handlungen verwirklicht worden sind. Andererseits wird einige Seiten später ⁵²⁾ nicht verkannt, daß an sich mehrere Handlungen vorliegen können, so daß dann, wenn es nicht zur Beeidigung kommt, eine Bestrafung wegen der in Tatmehrheit begangenen falschen Aussage in Betracht zu ziehen sei. Wiederum an anderer Stelle ⁵³⁾ wird ausgeführt, daß in den Fällen, in denen die uneidliche falsche Aussage im Meineid aufgehe, für die strafrechtliche Betrachtung eine einheitliche Straftat vorliege. ⁵⁴⁾ Diese Formulierung läßt wieder darauf schließen, daß das Vorliegen einer juristischen Handlungseinheit angenommen werden soll.

Wenn die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs auch im Ergebnis zu billigen sind, so befriedigen sie in ihrer Begründung jedoch nicht. Sie lassen eine genaue methodi-

51) BGH 8/312

52) BGH 8/315

53) BGH 8/319

54) Eine ähnliche Formulierung findet sich auch in BGH 4/219

sche Einordnung in das Strafrechtssystem vermissen und suchen die Begründung für das als richtig anzusehende Ergebnis in verschiedenen Erscheinungsformen unseres Strafrechtssystems, die sich begrifflich zum Teil gegenseitig ausschließen. Insbesondere stehen diese Entscheidungen aber im Gegensatz zu der in den §§ 73, 74 StGB geforderten Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer und mehrerer Handlungen.

Als Ergebnis läßt sich jedoch feststellen, daß der Bundesgerichtshof in diesen Entscheidungen auch dann noch eine Handlungseinheit annimmt, wenn die vorangegangene Tat auf einem anderen Tatentschluß beruht als die nachfolgende Haupttat.

E. Die straflose Vortat als Erscheinungsform eines persönlichen Strafausschließungsgrundes.

Maurach ⁵⁵⁾ ist ebenso wie Honig, Baumann, Becker und Geerds der Ansicht, daß die Erscheinungsform der straflosen Vor- und Nachtaten nur bei Handlungsmehrheit und somit bei Realkonkurrenz denkbar sei. Als Vortaten im Verhältnis zur Haupttat sieht Maurach die Vorbereitungs-handlungen und den Versuch gegenüber dem vollendeten Delikt an. Zu der Haupttat könnten die Vortaten in Handlungseinheit (der Mörder feuert so lange auf sein Opfer, bis dieses tot zusammenbricht), in Realkonkurrenz (nach fehlgeschlagenem Versuch erschießt der Mörder sein Opfer später auf Grund neu gefaßten Vorsatzes) und schließlich in "Tatmehrheit als unechter Realkonkurrenz" treten. Als Beispiel für diesen letzten Fall wird die Situation beschrieben, daß der Täter, dem der erste Versuch wegen

55) Maurach, S. 656

Versagens der Waffe mißlungen sei, einige Tage später sein Opfer, ohne von seinem früheren Vorhaben abzulassen, mit einer anderen Pistole erschießt. Nur dieser Fall bildet nach Ansicht Maurachs ein Beispiel für die straflose Vortat. Nach seiner Auffassung sind jedoch die Regeln der Gesetzeskonkurrenz nur bei Handlungseinheit anwendbar. Er lehnt es deshalb ab, die Straflosigkeit der Vortat mit den Grundsätzen der Konsumtion oder der Subsidiarität zu begründen. Maurach sieht vielmehr den Grund für die Straflosigkeit der ersten Versuchshandlung in einem persönlichen Strafausschließungsgrund, der es rechtfertige, daß durch die Bestrafung für die Haupttat die Vortat mit abgegolten sei. Auch die Erscheinungsform der straflosen Nachtat erfaßt Maurach als unechte Realkonkurrenz. Als Grund für die Straflosigkeit der Nachtat nimmt Maurach ebenfalls einen persönlichen Strafausschließungsgrund an.

2.) Kritische Stellungnahme zu den in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansichten.

Ein Überblick über die dargestellten Ansichten zeigt, daß, ausgenommen die alleinstehende Ansicht von Maurach, stets versucht wird, die herkömmlicherweise als Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Begriffe der Subsidiarität und der Konsumtion auch auf die Fälle der straflosen Vor- und Nachtaten anzuwenden. Nur der Weg, der die Anwendung dieser Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz ermöglichen soll, ist verschieden, während im Ergebnis weitgehend Übereinstimmung herrscht.

Es handelt sich jedoch hierbei nicht um einen Meinungsstreit, der lediglich theoretisches Interesse hat. Wie in dieser Untersuchung gezeigt werden soll, hat die richtige systematische und dogmatische Einordnung der straflosen Vortat eine nicht unwesentliche Bedeutung für die Praxis der Strafrechtspflege.

A. Terminologische und sachliche Klärung der Grundbegriffe der Konkurrenzlehre.

Eine kritische Würdigung eines Konkurrenzproblems ist wegen der starken Meinungsverschiedenheiten in den systematischen Grundlagen nur möglich, wenn zunächst die Grundbegriffe der Konkurrenz- und Handlungslehre geklärt werden, da es schlechterdings unmöglich ist, eine anerkannte Systematik oder auch nur eine anerkannte Terminologie vorauszusetzen.⁵⁶⁾ Dabei soll es nicht das Ziel dieser Untersuchung sein, das Anwendungsgebiet der straflosen Vortat auszudehnen, und Fälle, die auch im Rahmen der bestehenden Dogmatik ohne Heranziehung dieses Begriffs gelöst werden können, zu einem neuen oder erweiterten Begriff zusammenzufassen. Vielmehr ist es im Gegenteil das Ziel dieser Arbeit, den Anwendungsbereich der Fälle strafloser Vortat möglichst einzuschränken, da ein solcher, lediglich durch Rechtsprechung und Lehre zu entwickelnder Begriff der Natur der Sache nach in einem Strafrechtssystem, welches von der strengen Tatbestandsmäßigkeit der verbrecherischen Handlung ausgeht, nur auf Ausnahmefälle beschränkt sein darf.⁵⁷⁾

Die gesetzliche Regelung der Konkurrenzen in den §§ 73, 74 StGB beruht auf der grundlegenden Unterscheidung zwischen der Erfüllung mehrerer Tatbestände durch eine oder durch mehrere Handlungen. Jede praktische Kon-

56) so auch Schmitt, ZStW. 75/43

57) Schmitt, ZStW. 75/57

kurrenzerörterung muß sich deshalb mit dieser Vorfrage befassen. Zweckmäßig erscheint es, in erster Linie die Frage zu klären, wann eine Handlung oder Handlungseinheit vorliegt. Die Fälle von Handlungsmehrheit ergeben sich dann von selbst.

Bereits bei dieser Vorfrage ergibt ein Überblick über die Erörterung des Problems in Schrifttum und Rechtsprechung eine sichtbare terminologische und begriffliche Verwirrung.

a. Der strafrechtliche Handlungsbegriff.

Im Rahmen des Problems der straflosen Vortat braucht auf den Meinungsstreit zwischen finaler und kausaler Handlungslehre nicht eingegangen zu werden, zumal auch von den Vertretern der finalen Handlungslehre zugegeben wird, daß der Begriff der finalen Handlung für die Erörterung von Konkurrenzproblemen am wenigsten fruchtbar sein kann.⁵⁸⁾

Es ist davon auszugehen, daß im ontologischen Sinn jede Handlung ein zweckbewußtes menschliches Tun ist, welches sich darin äußert, daß ein Willensentschluß eine Körperbewegung hervorruft. Strafrechtlich relevant ist eine solche Handlung erst dann, wenn sie zu einer Tatbestandsverwirklichung führt. Daraus ergibt sich, daß für die strafrechtliche Beurteilung der ontologische Handlungsbegriff immer einer juristischen, an den Tatbeständen orientierten Wertung unterliegen muß, so daß die strafrechtlich relevante Handlung nur als juristische Handlung erfaßt werden kann. Es erscheint deshalb nicht zweckmäßig, wie es vielfach geschieht,⁵⁹⁾ dem juristischen Handlungsbegriff den Begriff einer "natürlichen Handlung" gegenüberzustellen. Tatsächlich ist diese auf eine ontologische Betrachtungsweise ausgerichtete Bezeich-

58) Geerds, S. 255

59) Schönke-Schröder, Vorb. 7 vor § 73

nung als "natürliche Handlung" irreführend, da hierdurch der Eindruck entsteht, als könne durch eine natürliche, quasi naturwissenschaftliche Betrachtungsweise, ein für das Strafrecht relevanter Handlungsbegriff geschaffen werden. Gerade dieses Ergebnis ist jedoch abzulehnen, da nur durch eine wertende, an den gesetzlichen Tatbeständen orientierte Betrachtungsweise der strafrechtliche Handlungsbegriff erfaßt werden kann. Es erscheint deshalb richtig, im Strafrecht nur von dem Begriff einer Handlung im juristischen Sinne auszugehen.

Die Entscheidung darüber, ob ein Täter ein Verbrechen durch eine oder durch mehrere Handlungen begangen hat, läßt sich somit nur durch eine juristische Betrachtungsweise treffen. Meist stellt sich das verbrecherische Verhalten als eine komplexe Tätigkeit dar, die gedanklich in einzelne Teilstücke zerlegbar ist. So ist es häufig, daß der Täter, um den von ihm beabsichtigten Erfolg zu erreichen, zunächst andere Handlungen begehen muß. So kann der Mörder z.B. zunächst in ein Haus eindringen, um seinem Opfer aufzulauern. Würde man hier bei "natürlicher Betrachtungsweise" nur den Täterplan berücksichtigen, so würde dies dazu führen, daß man in dem verbrecherischen Handeln ein einheitliches Geschehen sieht, in welchem der Hausfriedensbruch nur ein Teilstück des Mordplans wäre. Diesem Ergebnis stehen jedoch die in den einzelnen Tatbeständen beschriebenen Handlungen entgegen. Durch die gesetzlichen Straftatbestände wird eine Zergliederung des in den Augen des Täters einheitlichen Geschehens in einzelne Unwertsachverhalte vorgenommen. Welzel ⁶⁰⁾ spricht davon, daß eine "objektiv-soziale Beurteilung durch Zweckzusammenhang" stattfinde. Die einzelnen wertbare, die tatbestandsmäßige Handlung, beansprucht gegenüber dem Täterplan den Vorrang für die Beurteilung

60) Welzel, S. 187

der Frage, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen. Hieraus ergibt sich, daß auch beim Vorliegen nur eines Erfolges mehrere Handlungen vorliegen können, wenn der Täter zur Erreichung seines verbrecherischen Ziels mehrere Strafrechtstatbestände verwirklicht.

Wenn somit die Entscheidung, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, nicht nach dem Gesamtplan des Täters getroffen werden kann, so schließt dies nicht aus, daß der Gesetzgeber in einzelnen Fällen die Tatbestände so formuliert, daß sie dem natürlichen Zusammenhang einzelner Willensakte, also dem vermutlichen Täterplan, Rechnung tragen. Diese Problematik ergibt sich bei den zusammengesetzten und den mehraktigen Verbrechen sowie bei den Tatbeständen mit Sammelbegriffen. Maurach⁶¹⁾ spricht in diesem Zusammenhang von "Tatbeständen mit gesetzlich vertyppter Handlungseinheit". Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen die typischerweise bei Begehung einer Straftat zusammenfallenden Handlungen kraft gesetzlicher Regelung zusammengefaßt. Als Beispiel für die zusammengesetzten Delikte sind anzuführen der räuberische Diebstahl nach § 252 StGB, der sich aus einer Diebstahlshandlung und einer Gewaltanwendung zusammensetzt sowie der Raub mit Marterung (§ 251 StGB), der alle Willensakte umfaßt, die sich unter die Tatbestände der §§ 249, 240, 242 und 223 ff StGB subsumieren lassen. Wichtig sind in diesem Zusammenhang auch diejenigen Fälle des schweren Diebstahls, die einen Hausfriedensbruch und eine Sachbeschädigung voraussetzen. Der typische Fall eines mehraktigen Verbrechens ist die zweite Modalität des § 177 Abs. I StGB, nämlich der Notzucht nach vorangegangener Betäubung des Opfers. Zu den Tatbeständen mit Sammelbegriffen gehören diejenigen, die begrifflich nur durch mehrere, wiederholende Handlungen erfüllt werden können, wie z.B. die Schlägerei nach § 227 StGB, sowie diejenigen Tatbestände, die zwar schon durch eine Handlung verwirklicht werden können, die es aber zulassen, daß der Tatbestand auch durch mehrere

61) Maurach, A.T., S. 203

gleichartige Handlungen erfüllt wird, wie bei den Eidesdelikten, bei denen auch dann nur eine Tatbestandsverwirklichung vorliegt, wenn der Täter seine falsche Aussage in mehreren Vernehmungen wiederholt. Geerds ⁶²⁾ schildert diese Fälle als Verbrechenseinheit, Nagler-Jagusch ⁶³⁾ und Mezger ⁶⁴⁾ als juristische Handlungseinheit. Bei Schönke-Schröder ⁶⁵⁾ heißt es, daß eine Handlung im Rechtssinne auch vorliege, wenn mehrere natürliche Handlungen durch die Tatbestände zu einer Bewertungseinheit verknüpft würden. Alle diese Begriffsbildungen beruhen auf der Erkenntnis, daß in derartigen Fällen an sich mehrere Handlungen vorliegen, daß aber nach dem Willen des Gesetzgebers nur eine Tatbestandsverwirklichung angenommen werden soll.

Die Bezeichnung "juristische Handlungseinheit" für diese Erscheinungsform ist vor allem deshalb abzulehnen, weil sich in der Rechtsprechung die feststehende Ansicht herausgebildet hat, daß unter diesen Begriff nur die fortgesetzte Handlung und das Dauerdelikt zu rechnen seien. Die oft für diese Fälle verwendete Bezeichnung "tatbestandliche Handlungseinheit" ⁶⁶⁾ erscheint ebenfalls nicht zweckmäßig. Es wird nämlich bei Verwendung dieser Bezeichnung verkannt, daß der strafrechtliche Handlungsbe-
griff durch die Tatbestandsverwirklichung gekennzeichnet wird. Alle tatsächlichen Willensakte eines Rechtsbrechers, die zusammengenommen eine einmalige Tatbestandsverwirklichung im Sinne des betreffenden Strafgesetzes darstellen, bilden eine Einheit, sind also eine Handlung im strafrechtlichen Sinn. Hierbei ist es unerheblich, ob sich das Verhalten des Rechtsbrechers theoretisch in mehrere, äußerlich unterscheidbare Willensentschlüsse- und akte zerlegen läßt ⁶⁷⁾. Insofern erscheint es rich-

62) Geerds, S. 264

63) LK, § 73, Anm. 3 A

64) Mezger, Lehrbuch 1949, S. 461

65) Schönke-Schröder, Vorb. I, 9-17

66) Maurach, S. 620, v. Hippel, II, S. 531 ff, H. Mayer, 410

67) Geerds, S. 264

tiger, nicht von einer Handlungseinheit zu sprechen, sondern von der Erfüllung eines Tatbestandes durch eine Handlung im juristischen Sinne. Hinzukommt aber, worauf insbesondere Geerds hinweist, daß die Bezeichnung "tatbestandliche Handlungseinheit" meist auch für die Fälle verwandt wird, in denen im Rahmen des § 73 StGB auf eine strafbare Handlung mehrere gesetzliche Tatbestände zutreffen, also für die Fälle der Idealkonkurrenz, in denen durch eine teilweise Identität zweier Tatbestände eine Handlungseinheit begründet wird.⁶⁸⁾ Richtiger erscheint deshalb der von Geerds⁶⁹⁾ und teilweise auch vom Bundesgerichtshof⁷⁰⁾ verwendete Begriff "Verbrechenseinheit". Jedoch ist hierbei zu berücksichtigen, daß durch diese Bezeichnung nicht hinreichend klargestellt wird, ob die an sich vorliegende Verbrechenseinheit durch eine oder durch mehrere Handlungen verwirklicht wird.⁷¹⁾ Geht man davon aus, daß der strafrechtliche Handlungsbegriff nur durch eine spezifisch juristische, wertende Betrachtungsweise erfaßt werden kann, die ihrerseits durch die gesetzlichen Tatbestände abgegrenzt wird, so ergibt sich, daß in den Fällen der Verbrechenseinheit trotz der äußerlich unterscheidbaren Handlungsakte im juristischen Sinne nur eine Handlung vorliegt. Es erscheint deshalb die ergänzende Formulierung sinnvoll, daß die zusammengesetzten Tatbestände, die mehraktigen Delikte und die Tatbestände mit Sammelbegriffen eine Verbrechenseinheit bilden, so daß die Verwirklichung derartiger Tatbestände durch einen Täter im juristischen Sinne nur als eine Handlung gewertet werden kann.

Bei den Fällen der Verbrechenseinheit, nämlich den zusammengesetzten und mehraktigen Delikten und den Tatbeständen mit Sammelbegriffen, läßt sich somit feststellen,

68) Geerds, S. 271

69) Geerds, S. 264

70) BGH 8/303

71) Geerds weist auf S. 264 zwar ausdrücklich darauf hin, daß in den Fällen der Verbrechenseinheit im juristischen Sinn nur eine Handlung vorliege, aus der Bezeichnung selbst ergibt sich dies jedoch nicht.

daß trotz der Tatsache, daß sich bei Erfüllung dieser Straftatbestände das verbrecherische Handeln in mehrere äußerlich unterscheidbare Willensentschlüsse und Willensakte zergliedern läßt, im juristischen Sinne nur eine Handlung vorliegt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die einzelnen Teilakte der Verbrechenseinheit objektiv in einem unmittelbaren örtlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, wenn dies naturgemäß meist auch der Fall sein wird. Vielmehr ist es denkbar, daß im Einzelfall ein solcher Zusammenhang nicht besteht. So ist es z.B. möglich, daß ein schwerer Diebstahl nach § 243 StGB in der Weise begangen wird, daß der Einbruch selbst, etwa das Eindringen der Scheibe, längere Zeit in der Weise vorbereitet wird, daß der Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt ist (Versuchsstadium des schweren Diebstahls), daß aber die eigentliche Wegnahmehandlung erst später bei passender Gelegenheit ausgeführt wird. Obwohl hier die beiden Teilakte des zusammengesetzten Tatbestandes des § 243 StGB unter Umständen in weitem zeitlichen Abstand vorgenommen werden, sind sie im juristischen Sinne nur als eine Tatbestandsverwirklichung durch eine Handlung zu werten. Noch deutlicher wird dies bei den Tatbeständen, die begrifflich die Möglichkeit mehrfacher Begehung zulassen, wie z.B. bei den Eidesdelikten. Hier ist es durchaus nicht selten, daß im Rahmen einer richterlichen Vernehmung der Zeuge mehrmals gehört wird, und zwar oft in erheblichem zeitlichen Abstand. Der juristischen Betrachtungsweise erscheinen die einzelnen Vernehmungen nur als eine Verbrechenseinheit, als eine Handlung im juristischen Sinne.

Mit Recht hat Geerds, allerdings ohne nähere dogmatische Begründung, darauf hingewiesen⁷²⁾, daß aus dem Allgemeinen Teil hierzu auch der Versuch im Verhältnis zur Voll-

72) Geerds, S. 264

endung der Tat gerechnet werden müsse. Entwickelt sich das verbrecherische Verhalten in der Weise, daß der Täter auf Grund seines von vornherein gefaßten Vorsatzes die Tat ohne Unterbrechung vollendet, liegt ohnehin nur eine Handlung vor. Mit Recht hebt Maurach ⁷³⁾ hervor, daß dann, wenn der Versuch unmittelbar in die Vollendung übergehe, es mit dem Handlungsbegriff unvereinbar sei, wollte man diesen fließenden, nicht nur von einem einheitlichen Handlungswillen gesteuerten, sondern auch eine progressive Willensverwirklichung darstellenden Prozeß durch willkürliche Zäsuren in einzelne Stadien aufteilen und die der Vollendung vorangehenden Verwirklichungsstufen als "an sich selbständige" Handlungen betrachten, die ihren eigenständigen Unrechtsgehalt nur dadurch verlieren, daß den Täter die Vollendungsstrafe trifft.

Aber auch die Fälle sind nur als eine Handlung im juristischen Sinne anzusehen, in denen zwischen dem Stadium des Versuchs der Straftat und der Vollendung ein zeitlicher oder örtlicher Abstand besteht. Hier treffen die gleichen Überlegungen zu wie bei den zusammengesetzten Delikten und bei den Delikten mit Sammelbegriffen. Der einfache Diebstahl gemäß § 242 StGB kann z.B. in der Weise begangen werden, daß der Täter den Gegenstand anläßlich eines Besuches an eine Stelle des Zimmers legt, von der aus er diesen bei einem späteren Besuch ohne Schwierigkeiten mitnehmen kann. Hier liegen zwei deutlich unterscheidbare Teilakte der Diebstahlshandlung vor, nämlich der an sich abgeschlossene Versuch und die eigentliche Wegnahmehandlung. Ebenso wie bei den zusammengesetzten Delikten ist auch in diesem Fall bei Verwirklichung der beiden Teilakte im juristischen Sinn nur eine

73) Maurach, S. 656

Handlung anzunehmen, da beide Teilakte zusammen nur zu einer Tatbestandsverwirklichung führen. Es liegt somit auch dann nur eine Handlung im juristischen Sinne vor, wenn die Tat nach dem Vorsatz des Täters von vornherein in deutlich abtrennbaren Teilausführungsakten begangen werden sollte. Gelangt das von dem Täter geplante Verbrechen in diesen Fällen zur Vollendung, so stellen die einzelnen Teilakte, nämlich der Versuch und die später zur Vollendung führende Tätigkeit, nur eine Tatbestandsverwirklichung dar. Der juristischen Betrachtungsweise erscheint dieser Vorgang nur als eine Handlung. Die gleiche Problematik ergibt sich in den Fällen, in denen die Vorbereitungstat unter Strafe gestellt wird. Auch hier ist die Vorbereitung nur Teilakt der Handlung im juristischen Sinn, wenn es zur Vollendung der geplanten Straftat kommt.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß der strafrechtliche Handlungsbegriff nur durch eine wertende, juristische Betrachtungsweise erfaßt werden kann, da eine Handlung in ontologischen Sinn nur dann strafrechtlich relevant wird, wenn sie zu einer Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes führt. Bei der Erörterung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs ist deshalb nicht von einer ontologischen, sondern von einer spezifisch juristischen Betrachtungsweise auszugehen.

Daraus ergibt sich, daß für die strafrechtliche Beurteilung auch dann nur eine Handlung gegeben ist, wenn der gesetzliche Tatbestand, wie z.B. bei den zusammengesetzten Delikten und den Delikten mit Sammelbegriffen, die Verwirklichung durch mehrere, deutlich unterscheidbare Teilabschnitte zuläßt. Die einzelnen Teilakte, die zur Verwirklichung des zusammengesetzten Tatbestandes oder eines Tatbestandes mit Sammelbegriffen führen, erschei-

nen der juristischen Betrachtungsweise ebenfalls nur als eine Handlung, da auch in diesen Fällen nur eine einheitliche Tatbestandsverwirklichung vorliegt. Der gleiche Vorgang spielt sich bei dem Verhältnis vom Versuch zur Vollendung ab. Geht der Versuch unmittelbar in die Vollendung über, liegt ohnehin nur eine Handlung vor. Aber auch dann, wenn zwischen Versuch und Vollendung bei gleichbleibendem Vorsatz eine deutliche zeitliche oder örtliche Zäsur besteht, liegt im juristischen Sinn nur eine Handlung vor, da der Täter den gesetzlichen Tatbestand, der den Versuch umschließt, nur einmal verwirklicht.

b. Der Begriff der natürlichen Handlungseinheit.

Der strafrechtliche Handlungsbegriff wird, wie dargestellt, begrenzt durch den gesetzlichen Tatbestand. Läßt dieser die Begehung der Tat durch mehrere Teilakte zu, so erscheint das verbrecherische Geschehen der strafrechtlichen Betrachtungsweise auch dann als eine Handlung, wenn der Täter seine Tat in mehreren aufeinanderfolgenden oder sich wiederholenden Teilakten begeht. Dies ergibt sich z.B. klar bei dem Delikt der Mißhandlung nach § 223b StGB, da hier der Tatbestand die Begehung der Tat durch mehrere Teilakte, nämlich durch mehrere Schläge oder andere Gewalttaten, voraussetzt. In den meisten Tatbeständen ist jedoch begrifflich nicht die Begehung durch mehrere Teilakte vorgesehen. So ist der Tatbestand der einfachen Körperverletzung oder des Diebstahls schon nach dem ersten Schlag oder der ersten Wegnahmehandlung des Täters vollendet, und es liegt in diesen Fällen bereits jetzt eine abgeschlossene Handlung im juristischen Sinne vor.⁷⁴⁾ Bei sehr vielen Verbrechen

74) Geerds, S. 282, Schmitt, ZStW 75/57

geschieht die Tatbestandsverwirklichung erfahrungsgemäß durch ein komplexes Handeln. So wird der Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 StGB oft in der Weise erfüllt, daß der Täter mehrere Schläge hintereinander austeilt, und der Tatbestand des § 242 StGB wird häufig dadurch verwirklicht, daß der Dieb seine Beute in mehreren Etappen beiseiteschafft. In allen diesen Fällen liegen streng genommen mehrere Handlungen im juristischen Sinne vor, da bereits durch die erste Körperverletzung oder die erste Wegnahmehandlung der entsprechende gesetzliche Tatbestand erfüllt worden ist.

Gerade dieses Ergebnis ist aber mit Recht von der Praxis als unerwünscht empfunden worden, da die Annahme von Handlungsmehrheit den Zwang zur Bildung von Einzelstrafen und die umständliche Methode der Asperation mit sich bringt, zumal nicht übersehen werden kann, daß hierdurch ein deutlicher Widerspruch zu einer natürlichen Betrachtungsweise des Handlungsgeschehens entsteht. Die Rechtsprechung hat sich deshalb seit langem bemüht, den Anwendungsbereich der Tatmehrheit zu beschneiden, indem sie derartige Fälle als "Handlungseinheit" behandelt, welche der Regelung des § 73 StGB unterliegen soll.⁷⁵⁾ Es ist offensichtlich, daß eine solche Ausdehnung des Handlungsbegriffs im Sinne einer Handlungseinheit zu einer gewissen Unsicherheit in der Rechtsprechung geführt hat, da die Abgrenzungsschwierigkeiten bei derartigen, außerhalb der gesetzlichen Regelung von Praxis und Lehre gebildeten Begriffen, sehr deutlich zutage treten. Dennoch ergibt sich für eine solche Ausdehnung des Handlungsbegriffs eine gewisse Notwendigkeit, da nur auf diese Weise erreicht werden kann, daß die Anwendungsmöglichkeit des § 74 StGB, der in vielen Fällen durch das Asperationsprinzip im Strafausspruch nicht das wirkliche Gewicht der begangenen Straftaten widerspiegelt, eingeschränkt wird.⁷⁶⁾

75) Schmitt, ZStW 75/57

76) Schmitt, ZStW 75/57

Eine Untersuchung der von Rechtsprechung und Lehre aus diesem Grunde entwickelten Begriffe der natürlichen und juristischen Handlungseinheit kann nur dann fruchtbar sein, wenn man auf den Ausgangspunkt dieser Problematik zurückgeht, daß nämlich im Strafrecht durch die normative Betrachtungsweise das Vorliegen einer Handlung nur in verhältnismäßig wenigen Fällen vorkommt. Erkennt man dies, so stellen sich die Fälle, in denen im Gegensatz zu dem Begriff der Handlung im juristischen Sinne eine Handlungseinheit angenommen wird, als eine Zusammenfassung mehrerer Handlungen dar.

Die typischen Fälle der natürlichen Handlungseinheit sind diejenigen, in denen der Täter in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang den Tatbestand mehrmals erfüllt, also sein Opfer wiederholt schlägt oder als Dieb die Beute stückweise beiseite schafft.⁷⁷⁾ Hier ist an sich bereits durch jede einzelne Handlung (also bereits durch den ersten Schlag oder durch die erste Wegnahme) der Straftatbestand in strafrechtlich relevanter Weise verwirklicht worden. Nach der normativen Betrachtungsweise liegen somit mehrere Handlungen vor. Dennoch rechtfertigt die wiederholte Erfüllung des gleichen Tatbestandes in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang und der Gesamtvorsatz, der diese einzelnen Handlungen als Bestandteile einer einheitlichen Tat erscheinen läßt, alle diese Handlungen zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen⁷⁸⁾.

Mit Recht weisen Schmitt⁷⁹⁾ und Geerds⁸⁰⁾ darauf hin, daß dieses Verfahren an sich contra legem und damit fragwürdig sei, da die Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einer Handlungseinheit im Gesetz keine Stütze finde.

77) Schönke-Schröder, Vorb. I, 9 zu § 73

78) Schönke-Schröder, Vorb. I, 9 zu § 73

79) Schmitt, ZStW. 75/58

80) Geerds, S. 283

Diktiert wird die Begriffsbildung der natürlichen Handlungseinheit von dem Willen der Rechtsprechung, die Anwendung des § 74 StGB in diesen Fällen zu vermeiden.⁸¹⁾

Erfasst man den Begriff der natürlichen Handlungseinheit richtig, kann er jedoch weiter verwandt werden, nur müssen die Grenzen dieses Begriffs genau festgelegt sein. Es ist deshalb ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang der einzelnen Handlungen zu fordern. Dieser Zusammenhang wird durch einen unerheblichen Wechsel des Schauplatzes der Tat oder eine kurzfristige Unterbrechung des Geschehens nicht ohne weiteres beeinträchtigt. Es genügt objektiv, wenn die einzelnen Willensbetätigungen in unmittelbarem Zusammenhang stehen und ineinander übergehen, sofern sie der Sache nach zusammengehören.⁸²⁾ Subjektiv setzt die natürliche Handlungseinheit einen einheitlichen Willen des Rechtsbrechers voraus⁸³⁾. Dafür ist ein gemeinsames Ziel der verschiedenen Akte allein nicht ausreichend. Ebenso ergibt sich der einheitliche Wille nicht schon aus der Fortdauer einer und derselben Situation. Vielmehr muß bei der natürlichen Handlungseinheit der Wille schon eine konkrete Gestalt angenommen haben, er muß also zumindest dem Gesamtvorsatz der fortgesetzten Handlung entsprechen. Andernfalls käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß die Anforderungen für die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit geringer sind als diejenigen für die Annahme einer fortgesetzten Handlung.⁸⁴⁾

Begrenzt man den Begriff der natürlichen Handlungseinheit auf diese Weise, so kann die Weiterverwendung dieses Begriffes in der Rechtsprechung befürwortet werden.⁸⁵⁾

c. Der Begriff der juristischen Handlungseinheit.

Das bedeutungsvollste Mittel für die Einschränkung der Anwendungsmöglichkeit des § 74 StGB ist die Schaffung des Begriffs der juristischen Handlungseinheit. Hier wird

81) Schmitt, ZStW, 75/57

82) BGH 1/168 (170)

83) Geerds, S. 287

84) Hartung in StJZ 50/327

85) Schmitt, ZStW 75/59

schon durch die Bezeichnung deutlich, daß nicht nur eine Handlung vorliegt, sondern eine Handlungseinheit, die durch eine spezifisch juristische Betrachtungsweise gebildet wird. Auch bei der juristischen Handlungseinheit bestehen mehrere selbständige Handlungen, die aus Rechtsgründen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden. Der Begriff der juristischen Handlungseinheit wird verwandt für die Fälle der fortgesetzten Handlung und des Dauerdelikts, in denen der Täter das verbrecherische Ziel jeweils in mehreren Teilakten verwirklicht, von denen bei isolierter Betrachtungsweise jeder für sich allein eine Strafbarkeit begründen würde; durch den Gesamtvorsatz können die einzelnen Handlungen jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden. Auch hier wird wieder deutlich, daß die Rechtsprechung vermeiden will, in den Fällen der fortgesetzten Tat und des Dauerdelikts Einsatzstrafen im Sinne des § 74 StGB zu verhängen, sondern daß die Bildung einer Handlungseinheit erstrebt wird, um die Anwendung des § 73 StGB zu ermöglichen. Auf die besonderen Voraussetzungen der juristischen Handlungseinheit braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß für die Entscheidung der Frage, ob eine Handlung im Sinne von § 73 StGB oder mehrere Handlungen im Sinne von § 74 StGB vorliegen, von Rechtsprechung und Lehre nicht nur der Begriff der Handlung im juristischen Sinne verwandt wird, sondern daß zusätzlich die Begriffe der natürlichen und juristischen Handlungseinheit entwickelt worden sind, um den Anwendungsbereich des § 73 StGB zu erweitern, der in seiner Auswirkung in vielen Fällen dem Tatgeschehen eher gerecht wird. Unter bestimmten Voraussetzungen können

deshalb mehrere Handlungen zu einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden.

Die Bestimmung der Handlungsmehrheit ist nunmehr negativ zu treffen. Alles, was nicht als Handlung oder als natürliche oder juristische Handlungseinheit in dem beschriebenen Sinn anzusehen ist, muß als Handlungsmehrheit erfaßt werden. Es ergeben sich dann die Fälle der Realkonkurrenz. Idealkonkurrenz kann dagegen nur angenommen werden, wenn eine Handlung oder Handlungseinheit mehrere Tatbestände zugleich erfüllen, also zu einer konkurrierenden Anwendung mehrerer Gesetze führen.

d. Der Begriff der Gesetzeskonkurrenz.

Während die Fälle der Ideal- und Realkonkurrenz in den §§ 73, 74 StGB gesetzlich geregelt sind, ist der Begriff der Gesetzeskonkurrenz nur von Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden. Gesetzeskonkurrenz ist dann gegeben, wenn eine Handlung oder eine natürliche oder juristische Handlungseinheit an sich nach mehreren strafrechtlichen Tatbeständen beurteilt werden kann, einer dieser Tatbestände für sich allein aber schon ausreicht, um den vollen Unrechtsgehalt der Tat auszuschöpfen, so daß die anderen Tatbestände nicht mehr zur Anwendung kommen. Mit gutem Grund wird im Schrifttum darauf hingewiesen, daß eine wirkliche Konkurrenz nicht vorliege⁸⁶⁾, da in diesem Falle nicht etwa anzuwendende Tatbestände in ein Verhältnis zueinander treten, wie bei den §§ 73, 74 StGB, sondern allein zur Frage stehe, welcher von mehreren erfüllten Tatbeständen überhaupt zur Anwendung gelangen könne. Während also bei den §§ 73, 74 StGB mehrere anwendbare Gesetze vorliegen, ist bei der Gesetzeskonkurrenz lediglich der Fall gegeben, daß sich mehrere Gesetze zur Anwendung "anbieten". Die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" hat sich jedoch in Schrifttum und Rechtsprechung

86) Kohlrausch-Lange, Anm. I zu § 73, LKI, Anm. III A zu § 73

weitgehend durchgesetzt und wird deshalb auch in der vorliegenden Arbeit beibehalten. Richtig erfaßt wird die Gesetzeskonkurrenz, wenn man sie als "scheinbare Idealkonkurrenz" versteht. Genau wie bei der Idealkonkurrenz treffen auch in den Fällen der Gesetzeskonkurrenz beim Vorliegen einer Handlung oder einer Handlungseinheit mehrere Gesetze zusammen, die angewendet werden können, im Gegensatz zur Idealkonkurrenz bleiben die anwendbaren Normen jedoch nicht nebeneinander bestehen, sondern die eine Norm tritt hinter der anderen zurück.

Das Verhältnis, in dem die Straftatbestände in der Gesetzeskonkurrenz zusammentreffen, wird üblicherweise als Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität gekennzeichnet. Der gemeinsame Grundgedanke aller Formen der Gesetzeskonkurrenz ist, daß der eine von mehreren anwendbaren Tatbeständen den Unrechtsgehalt des einheitlichen Geschehens in vollem Umfang erschöpft.⁸⁷⁾

Über die begriffliche Abgrenzung dieser einzelnen Formen der Gesetzeskonkurrenz besteht ein erheblicher Meinungsstreit, und es läßt sich kaum eine gemeinsame Systematik oder Terminologie erkennen. Insbesondere sind sowohl Rechtsprechung als auch Schrifttum bei der praktischen Anwendung der einzelnen Formen der Gesetzeskonkurrenz von einer einheitlichen Meinung weit entfernt, so vor allem bei der Unterscheidung zwischen Konsumtion und Subsidiarität. Es soll in diesem Zusammenhang nur versucht werden, eine abstrakte terminologische Klärung der Formen der Gesetzeskonkurrenz zu geben.

Ein Fall der Spezialität ist gegeben, wenn ein anderer Tatbestand durch besondere qualifizierende oder privilegiierende Merkmale in der Weise spezieller ausgestaltet ist, daß mit ihm notwendig die Tatbestandsverwirklichung

87) Geerds, S. 164

des allgemeineren Gesetzes verbunden ist. Der Spezialtatbestand derogiert den Grundtatbestand. Das Verhältnis der Spezialität wird durch einen abstrakten Vergleich der Tatbestandsmerkmale der konkurrierenden Strafgesetze festgestellt. Entscheidend ist die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in dem Spezialtatbestand, also eine ablesbare abstrakte Übereinstimmung. (Beispiel: die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB im Verhältnis zur gefährlichen Körperverletzung nach § 223a StGB).

Während über den Begriff der Spezialität im wesentlichen Einigkeit besteht, läßt sich dies von dem Begriff der Konsumtion nicht sagen. Ein Teil der Autoren lehnt diese Form der Gesetzeskonkurrenz überhaupt ab⁸⁸⁾, die übrigen verbinden mit der Bezeichnung "Konsumtion" sehr unterschiedliche Vorstellungen. In erster Linie muß mit systematischen und methodischen Erwägungen zu den einzelnen Ansichten Stellung genommen werden, da der Begriff der Konsumtion nur durch Rechtsprechung und Lehre gewonnen worden ist, so daß es eine deutlich erkennbare Abgrenzung nicht gibt.

Einzelne Autoren behandeln die Konsumtion als Unterfall der Subsidiarität. Mit Recht weist Schmitt⁸⁹⁾ darauf hin, daß der Begriff der Subsidiarität ganz besonders schwierig abzugrenzen sei, so daß man bemüht sein sollte, aus ihr solche Fälle als "Konsumtion" auszuklammern, die wenigstens einer gewissen Begrenzung zugänglich sind. Die Bildung eines selbständigen Begriffs der Konsumtion ist deshalb zu begrüßen.

Die Konsumtion ist zunächst gekennzeichnet durch den Schutz desselben Rechtsguts durch *lex consumens* und *lex consumta*. Die Derogation beruht darauf, daß dem

88) Geerds, S. 203, 204, Jeschek, ZStW 67/534.
Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. 1 ff, gebrauchen diese Bezeichnung dagegen für die Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz überhaupt.

89) Schmitt, ZStW 75/50

Rechtsgut aus verschiedenen strafrechtlichen Gesichtspunkten Schutz zuerkannt wird. Konsumtion liegt vor, wenn ein leichterer Tatbestand zwar in einem schwereren nicht notwendig enthalten ist, obwohl er mit diesem regelmäßiger - oder typischerweise zusammentrifft (Beispiel: Der Hausfriedensbruch des § 123 StGB und die Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB gegenüber dem schweren Diebstahl gemäß § 243 StGB). Im Gegensatz zur Spezialität ergibt sich die Konsumtion nicht aus einem abstrakten Vergleich der Strafnormen, sondern aus der konkreten Fallgestaltung.^{89a)}

Es wird allgemein anerkannt, daß zwischen zwei gesetzlichen Tatbeständen das Verhältnis der Subsidiarität bestehen kann. Die Deutung dieses Begriffs ist jedoch wiederum sehr unterschiedlich.

Grundgedanke der Subsidiarität ist, daß sich zwei selbständige Tatbestände gegenüberstehen, durch die dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird. Das Gesetz (lex subsidiaria), welches das weniger strafwürdige Handeln unter Strafe stellt, kommt nicht zur Anwendung, wenn die Haupttat (lex primaria) verwirklicht ist. Hier spiegelt sich deutlich der Grundgedanke der Gesetzeskonkurrenz überhaupt wieder: Erschöpft bereits einer von mehreren verwirklichten Straftatbeständen den Unrechts-, Schuld - und Gefährlichkeitsgehalt des einheitlichen Geschehens, so tritt der andere ebenfalls verwirklichte Straftatbestand zurück. So betrachtet erscheinen Spezialität und Konsumtion in ihrer Verwirklichung spezieller zu sein als die Subsidiarität, da sie auf verhältnismäßig fest umrissene strafrechtlich relevante Sachverhalte abstellen, nämlich auf das Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände, die sich entweder auf Grund abstrakten Normenvergleichs (Spezialität) oder auf Grund der Normierung eines typischen

89a) so auch Lang-Hinrichsen in JZ 55/287

Geschehensablaufs (Konsumtion) ausschließen. Mit Recht formuliert Schmitt ⁹⁰⁾ deshalb, daß die Subsidiarität "im wahrsten Sinne des Wortes wieder subsidiär gegenüber Konsumtion und Spezialität sei." Nur wenn weder Spezialität noch Konsumtion vorliegt, erscheint die Annahme von Subsidiarität sinnvoll. Gegen die Annahme von Subsidiarität in den auf diese Weise begrenzten Fällen bestehen keine Bedenken. ⁹¹⁾

Die Möglichkeit, daß zwei Tatbestände im Verhältnis der Alternativität zueinander stehen, wird heute mit Recht weitgehend abgelehnt. ⁹²⁾ Der Grundgedanke der Alternativität war früher, daß ein Gesetz ausgeschlossen wird, wenn zwei gleichrangige Tatbestände durch eine Handlung erfüllt werden. Die Möglichkeit des Zusammentreffens zweier gesetzlicher Tatbestände in derartiger Weise beruht auf einem Fehler des Gesetzgebers, der eine entsprechende Angleichung der Gesetze versäumt hat. Es ist richtig, wenn Geerds ⁹³⁾ darauf hinweist, daß der Richter in diesen Fällen nicht befugt ist, vom Gesetz abzuweichen, sondern daß er - bis zur Harmonisierung des Gesetzes - beide Tatbestände nebeneinander anwenden muß.

B. Einordnung der straflosen Vortat in das Strafrechtssystem.

Nach der terminologischen Klärung der Grundbegriffe der Konkurrenzlehre erscheint nunmehr eine kritische Stellungnahme zu den beschriebenen Ansichten über den Begriff der straflosen Vortat möglich. Gleichzeitig soll versucht werden, die straflose Vortat in das Strafrechtssystem einzuordnen.

90) Schmitt, ZStW 75/51

91) a.A. offenbar Geerds, S. 233

92) LK, Vorb. 30 zu § 73, Welzel, S. 206

93) Geerds, S. 224 - 227

- a. Einzelne Teilabschnitte einer Handlung im juristischen Sinne sowie einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit können nicht als straflose Vortaten angesehen werden.

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Anwendung des Begriffs "straflose Vortat" beim Vorliegen einer Handlung oder einer Handlungseinheit möglich ist oder ob es allein sinnvoll erscheint, die Bezeichnung "straflose Vortat" zu verwenden, wenn mehrere Handlungen oder Handlungseinheiten gegeben sind. Schon aus der Bezeichnung "straflose Vortat" oder "mitbestrafte Vortat" ergibt sich, daß zwei Handlungen vorhanden sein müssen, nämlich eine Vor- und eine Haupttat. Von strafloser Vortat kann somit sinnvollerweise nur gesprochen werden, wenn mehrere Handlungen vorliegen. Dies schließt nun, wie dargestellt, nicht aus, daß im juristischen Sinne doch eine Handlungseinheit angenommen werden könnte. Auch die natürlichen und die juristischen Handlungseinheiten haben ihrer Natur nach mehrere Handlungen im juristischen Sinne zur Voraussetzung, dennoch werden sie aus juristischen Gründen zu einer Handlungseinheit zusammengefaßt.

Eine Klärung dieser Frage läßt sich am besten an einem praktischen Beispiel verdeutlichen: Als Vortaten im Verhältnis zur Haupttat werden oft u.a. Vorbereitungs- und Versuchshandlungen gegenüber dem vollendeten Delikt oder die sog. Durchgangsdelikte, wie z.B. der Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl, genannt. Es bestehen jedoch starke Bedenken, gerade die eben beschriebenen Fälle schlechthin als straflose Vortaten zu bezeichnen. Wie bereits erörtert, durchläuft jede vollendete vorsätzliche Straftat das Stadium des Versuchs und, abgesehen von den Affekttaten, in den meisten Fällen das Stadium der Vorbereitung. So kann man bei dem Mörder, der sich eine Pisto-

le verschafft hat und damit sein Opfer erschießt, folgende Stadien unterscheiden: 1.) Anschaffung der Pistole (Vorbereitung), 2.) Auflauern am Tatort (Versuch) und 3.) Abgabe der tödlichen Schüsse (Vollendung). Vorbereitung und Versuch stellen somit, falls sie strafbar sind, ein "Durchgangsdelikt" dar.⁹⁴⁾ Faßt man nun den Begriff der straflosen Vortat lediglich dahingehend auf, daß Vortaten solche Handlungen sind, die rein zeitlich gesehen vor einer anderen strafbaren Handlung liegen, so wird man allerdings sagen können, daß der Versuch gegenüber der Vollendung eine Vortat ist. Eine solche Betrachtungsweise erscheint aber nicht sachdienlich. Vorbereitung, Versuch und Vollendung sind ein komplexes menschliches Wirken, und es wäre mit dem Handlungsbegriff unvereinbar, wollte man den fließenden, von einem einheitlichen Handlungswillen getragenen Vorgang durch willkürliche Zäsuren aufteilen und die der Vollendung vorangehenden Stadien als "an sich selbständige Handlungen" betrachten. Vielmehr ist davon auszugehen, daß die vollendete vorsätzliche strafbare Handlung die Einzelakte ihrer Begehung ohne weiteres umschließt, wenn die Handlung aus dem Vorbereitungsstadium oder dem Versuch direkt in die Vollendung übergeht. Es liegt dann eine Handlung vor, und es findet nicht einmal die für die Gesetzeskonkurrenz typische Verdrängung eines an sich strafbaren Tatbestandes statt.⁹⁵⁾ Die Regeln des § 43 StGB und damit des Subsidiaritätsgedankens sind von vornherein unanwendbar, da im juristischen Sinne nur eine Handlung gegeben ist.

94) Nagler-Jagus, LK, Anhang der Vorb. zu § 73

95) Maurach, S. 655, Schönke-Schröder, Anm. 2 der Vorb. zu § 73, Lent, S. 23, BGH 5/385. a.A. Mezger, 7. Aufl., I, S. 267

Daraus ergibt sich, daß die in vielen Kommentaren und Lehrbüchern vertretene Ansicht ⁹⁶⁾, der Versuch sei eine straflose Vortat gegenüber dem vollendeten Delikt, in dieser Form unrichtig und irreführend ist. Es gibt zwar Fälle, wie später gezeigt werden soll, in denen der Versuch straflose Vortat sein kann, nämlich dann, wenn die Vollendung durch einen erneuten und später gefaßten Entschluß infolge einer weiteren Handlung herbeigeführt wird. Immer dann aber, wenn eine von einem einheitlichen Willen gesteuerte progressive und unmittelbare Tatbestandsverwirklichung vorliegt, ist der Versuch nicht als selbständige Handlung aufzufassen, die nur durch die Verwirklichung der Haupttat verdrängt wird. Es ist somit festzustellen, daß dann, wenn der Versuch nur Durchgangsstadium zur unmittelbar anschließend vollendeten Haupttat ist, eine selbständige Vortat nicht vorliegt. Derartige Fälle der Vorbereitung und des Versuchs werden somit nicht von dem Begriff der straflosen Vortat erfaßt.

Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Versuch zeitlich und räumlich von der Vollendung getrennt ist, in denen aber andererseits ein einheitlicher Tatentschluß gegeben ist. Auch dann ist im juristischen Sinne nur eine Handlung anzunehmen. ⁹⁷⁾ Das Delikt wird zwar in zwei deutlich unterscheidbaren Teilakten begangen, der juristischen Betrachtungsweise erscheinen beide Teilakte jedoch nur als eine Tatbestandsverwirklichung.

Die beiden geschilderten Möglichkeiten des Verhältnisses von Versuch und Vollendung werden somit bereits voll durch Begriffsbildungen der bestehenden Dogmatik erfaßt. Es ist nicht sinnvoll, für diese Fälle des Versuchs eine neue, außerhalb der Handlungslehre liegende Bezeichnung zu finden. Vielmehr erscheint es richtig,

96) Für andere: Schönke-Schröder, Anm. 2 d.Vorb. zu § 73
97) vgl. S. 29

diese Fälle des Versuchs in Beziehung zu setzen zu der bestehenden Systematik der Handlungslehre. Dann ergibt sich deutlich, daß sowohl dann, wenn der Versuch unmittelbar in die Vollendung übergeht, als auch dann, wenn der den Versuch darstellende Teilakt der Tat bei gleichbleibendem Vorsatz zeitlich oder räumlich von der Vollendung getrennt sein sollte, nur eine Handlung im juristischen Sinne vorliegt. Aus diesen Erwägungen folgt die Konsequenz, daß der Begriff "straflose Vortat" sich sinnvollerweise nicht auf die Teilakte einer Handlung beziehen kann, die nur zeitlich gesehen vor der Vollendung der Tat liegen. Entscheidendes Bestimmungsmerkmal muß vielmehr sein, daß die Vortat eine selbständige Straftat ist, die an sich eine selbständige Bestrafung ermöglicht, die aber aus Rechtsgründen durch die wegen der Haupttat zu erkennende Strafe mit abgegolten sein soll. Dies ergibt sich gerade beim Versuch schon daraus, daß die Handlung, welche dem Versuch zugrunde liegt, bei einheitlichem Entschluß strafrechtlich irrelevant ist, wenn sie nicht in Beziehung zu der vollendeten Tat gesetzt wird. Ein Beispiel verdeutlicht dies: Ein Dienstmädchen "räumt" einen Schrank "auf". Diese Handlung wird erst dann strafrechtlich relevant, wenn festzustellen ist, daß das Dienstmädchen dies nur getan hat, um Geld zu finden, welches sie an sich nehmen will. Der Teilakt der verbrecherischen Handlung, der sich in dem vorgetäuschten Aufräumen des Schrankes darstellt, ist eben nicht selbständig wertbar, sondern er gewinnt seine strafrechtliche Bedeutung erst durch die subjektive Verbindung mit der Wegnahmehandlung als der Haupttat.

Eine ähnliche Problematik ergibt sich bei den zusammengesetzten Tatbeständen und den Tatbeständen mit Sammelbegriffen. Hier werden durch den gesetzlichen Tatbestand

zwei an sich selbständige Delikte zusammengefaßt, und zwar in der Weise, daß z.B. beim schweren Diebstahl das eine Delikt (Hausfriedensbruch) dem anderen Delikt (Diebstahl) vorangeht. Die Zusammenfassung beider Tatbestände durch den Gesetzgeber zu einer Strafvorschrift bewirkt, daß sich die Tat für die juristisch-normative Betrachtungsweise nur als eine Handlung darstellt.

Auch in diesen Fällen kann nicht von strafloser Vortat gesprochen werden. Die juristische Einheit in der Identität des Tatbestandes entspricht dem natürlichen Zusammenhang der hier vorliegenden Teilakte der Tatbegehung. Es ist nicht gerechtfertigt, die vom Gesetzgeber geschaffenen einheitlichen Tatbestände in Vor- und Haupttaten aufzugliedern. Vielmehr ist auch in diesen Fällen davon auszugehen, daß das entscheidende Kriterium für die Bestimmung der straflosen Vortat nicht darin gesehen werden kann, daß eine Tat rein zeitlich gesehen vor einer anderen Tat liegt, sondern es kommt darauf an, daß eine Vortat gegeben ist, die an sich - isoliert betrachtet - selbständig strafbar sein könnte, die aber im Zusammenhang mit der Begehung der Haupttat straflos bleibt, weil ihr Unrechtsgehalt in dem stärkeren Angriff durch die Haupttat auf das geschützte Rechtsgut voll enthalten ist.

Bei den zusammengesetzten Tatbeständen - ähnlich wie beim qualifizierten Versuch - erfüllt zwar der erste Abschnitt bereits einen gesetzlichen Tatbestand, jedoch würde dieser Teilakt der eigentlichen Tat bei isolierter Betrachtung dem verbrecherischen Geschehen eine völlig andere Richtung geben; so würde sich in diesem Fall der versuchte schwere Diebstahl als Hausfriedensbruch darstellen, also als ein Angriff auf ein ganz anderes Rechtsgut. Daraus ergibt sich, daß bei den zusammengesetzten Tatbeständen eine isolierte Betrachtung des ersten Teilabschnitts nicht möglich ist, da dies zu

einem verkehrten Ergebnis führen würde. In Wirklichkeit liegt nur ein Teilabschnitt einer Handlung vor, der lediglich durch seine Beziehung zur Vollendung des zusammengesetzten Delikts seine reale strafrechtliche Wertung erhält. Das enge Verhältnis der in den zusammengesetzten Delikten und den Delikten mit Sammelbegriffen enthaltenen einzelnen Straftatbestände bewirkt, daß die Teilabschnitte bei isolierter Betrachtungsweise unselbstständig bleiben. Das vollendete einzelne Delikt (Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl) verwandelt sich, wenn der Täter den Tatbestand des zusammengesetzten Delikts erfüllen will, in den Versuch des zusammengesetzten Tatbestandes. Hat der Täter von vornherein das zusammengesetzte Delikt begehen wollen, kann in der Verwirklichung des ersten Teilabschnittes dieser Tat eine selbstständig wertbare Vortat nicht gesehen werden.

Diese Überlegungen führen zwangsläufig zu einer Ablehnung der am häufigsten vertretenen Ansicht, wonach straflose Vortat ein Unterfall der Gesetzeskonkurrenz sei und gekennzeichnet werde lediglich durch die Mittel-Zweck-Beziehung zwischen Vor- und Haupttat (Beispiel: Hausfriedensbruch beim schweren Diebstahl).⁹⁸⁾ Bei dem Problem, daß nämlich bei den zusammengesetzten Tatbeständen nur eine Bestrafung aus dem vom Gesetzgeber neu gebildeten Tatbestand und nicht aus den einzelnen in ihm enthaltenen Tatbeständen erfolgt, handelt es sich nicht um einen Fall der straflosen Vortat, sondern darum, daß eine Handlung im juristischen Sinne an sich nach mehreren Gesichtspunkten beurteilt werden kann, der zusammengesetzte Tatbestand aber schon ausreicht, um den vollen Unrechtsgehalt der Tat auszuschöpfen. Die Tatsache, daß also z.B. bei § 243 StGB meist nicht eine besondere Bestrafung we-

98) Mezger, 1949, S. 476, Sauer, S. 229, Mühlmann-Bommel, § 73, Anm. 11 c, Kohlrausch-Lange, Anm. III, 4 der Vorb. zu § 73, Welzel, S. 197, Nagler-Jagusch, IK, § 73, Anm. C 5, Anhang, Schwarz-Dreher, § 73, Anm. 6

gen des gleichzeitig verübten Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung erfolgt, beruht allein darauf, daß ein Fall der Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Die Vertreter der Ansicht, daß hier eine straflose Vortat gegeben sei, stellen einseitig darauf ab, daß bei den zusammengesetzten Tatbeständen und den Tatbeständen mit Sammelbegriffen zwei Handlungsabschnitte vorliegen, und daß wegen der zeitlich vorhergehenden Teilakte keine gesonderte Bestrafung erfolgt. Sie verkennen jedoch, daß der juristische Handlungsbegriff die Begehung durch mehrere Teilakte zuläßt, so daß es nicht gerechtfertigt ist, die besondere Bezeichnung "straflose Vortat" für diese Erscheinungsform zu verwenden, sondern daß es wesentlich ist, daß die Vortat eine selbständig wertbare strafrechtliche Handlung ist, deren Unrechtsgehalt von der Haupttat umfaßt wird. Beim zusammengesetzten Delikt und bei den Delikten mit Sammelbegriffen ist aber der zeitlich vorangehende Handlungsabschnitt nur der unselbständige Teil einer einheitlichen Handlung. Das Verhältnis der einzelnen Teilabschnitte wird gekennzeichnet durch die Gesetzeskonkurrenz.

Tatsächlich ist bei den Vertretern der Ansicht, daß zum Beispiel § 123 StGB (Hausfriedensbruch) straflose Vortat gegenüber § 243 StGB sei, festzustellen, daß sie diesen Fall des Durchgangsdelikts einmal als straflose Vortat behandeln und zum anderen als Fall der Gesetzeskonkurrenz. So beschreibt Mezger⁹⁹⁾ den Fall des Hausfriedensbruchs bei § 243 StGB einmal als straflose Vortat, zum anderen als Konsumtion bei Gesetzeskonkurrenz.¹⁰⁰⁾ Ähnlich werden diese Fälle von Kohlrausch-Lange einmal als Spezialität und später wiederum als straflose Vor-

99) Mezger, 1949, S. 463

100) Mezger, 1949, S. 472

tat zitiert.¹⁰¹⁾ Auch bei Nagler-Jagusich erscheinen diese Fälle als straflose Vortaten, wobei gleichzeitig auf die Erörterungen zur Gesetzeskonkurrenz und zur Konsumtion verwiesen wird.¹⁰²⁾ Folgerichtig erkennen sie deshalb dem Begriff "straflose Vortat" eine selbständige Bedeutung nicht mehr zu. Bei Schwarz-Dreher wird der Fall des Hausfriedensbruchs beim schweren Diebstahl wiederum einmal als straflose Vortat erwähnt¹⁰³⁾, während er an anderer Stelle als Gesetzeskonkurrenz beschrieben wird.¹⁰⁴⁾

Ein Überblick über die dargestellten Meinungen ergibt, daß der Versuch, die straflose Vortat als Durchgangsdelikt bei den zusammengesetzten Tatbeständen und den Tatbeständen mit Sammelbegriffen aufzufassen, logischerweise dazu führt, entweder diese Durchgangsdelikte einmal als Gesetzeskonkurrenz und straflose Vortat gleichzeitig darzustellen¹⁰⁵⁾, oder aber die straflose Vortat nicht als selbständige Erscheinungsform anzusehen¹⁰⁶⁾.

Wenn man die straflose Vortat nur als Durchgangsdelikt bei den zusammengesetzten Tatbeständen ansieht, ist die Ansicht von Nagler - Jagusch richtig, daß eine selbständige Erscheinungsform nicht vorliegt. Vielmehr ist bereits ausgeführt, daß es sich bei diesen Durchgangsdelikten ausschließlich um Fälle der Gesetzeskonkurrenz handelt und daß die Bezeichnung "straflose Vortat" hierfür nicht sinnvoll ist. Tatsächlich ergibt sich, daß die Vertreter dieser Ansicht gezwungen sind, dasselbe Problem zweimal darzustellen, nämlich einmal als Gesetzeskonkurrenz und

101) Kohlrausch-Lange, Anm. III der Vorb. zu § 73; hierbei ist zu bemerken, daß die Verfasser durch einen Hinweis bei Zif. 1 zu erkennen geben, daß sie die Fragwürdigkeit dieser doppelten Darstellung erkannt haben.

102) LK, Vorb. Nr. 5 zu § 73, Anhang

103) Schwarz-Dreher, § 73, Anm. 6

104) Schwarz-Dreher, § 73, Anm. 2c

105) So insbesondere Schwarz-Dreher, Mezger, Kohlrausch-Lange.

106) Nagler-Jagusich, LK I, Anhang der Vorb. 5 zu § 73

zum anderen als straflose Vortat. Damit erscheint nachgewiesen, daß es nicht sinnvoll ist, die sog. Durchgangsdelikte bei den zusammengesetzten Tatbeständen als straflose Vortaten zu bezeichnen. Hierfür würde, wie Nagler-Jagusch auch ausführen, kein Anlaß bestehen, da diese Durchgangsdelikte keine selbständige Erscheinungsform bilden. Vielmehr gehört dieses Problem in die Lehre vom Tatbestand und von der Gesetzeskonkurrenz.¹⁰⁷⁾

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kann daher festgehalten werden:

Es ist nicht gerechtfertigt, den Begriff der straflosen Vortat auf zeitlich vorangehende Teilabschnitte der zusammengesetzten Delikte anzuwenden. Es bedeutet eine Verken-
nung des Wesens der zusammengesetzten Tatbestände, wenn angenommen wird, daß das "Durchgangsdelikat" bei diesen Tatbeständen eine selbständige Bedeutung hat. Werden durch die Begehung eines zusammengesetzten Delikts naturgemäß mehrere Tatbestände verletzt, so liegt ein Fall der Gesetzeskonkurrenz vor, da der zusammengesetzte Tatbestand schon ausreicht, um den Unrechtsgehalt der einzelnen Teilakte zu umfassen. Ein Fall der straflosen Vortat ist nicht gegeben.

Es ist ferner nicht richtig, generell den Versuch als straflose Vortat gegenüber dem vollendeten Delikt darzustellen. Zeigt sich die Tat als einheitliche, vom unverändert gebliebenen Handlungswillen gesteuerte, sukzessiv verwirklichte Handlung, ist also der Versuch nur Durchgangsstadium im Rahmen einer einheitlichen Handlung, so ist von vornherein nur das Vorliegen einer Handlung anzunehmen. Auch wenn der Versuch zeitlich und räumlich von der Vollendung der Tat getrennt ist, liegt nur eine ein-

107) Merkwürdig ist, daß in diesem Zusammenhang stets die Entscheidung RG 40/430 zitiert wird. Gerade hier heißt es aber, daß das Durchgangsdelikat im Falle der Durchführung mit der Haupttat zu einer Einheit verschmelze.

heitliche Tatbestandsverwirklichung durch eine Handlung vor. Dies schließt allerdings nicht aus, daß es Fälle gibt, in denen der Versuch straflose Vortat sein kann, nämlich dann, wenn die Vollendung der Tat auf einem neuen Entschluß beruht, da dann nicht mehr angenommen werden kann, daß nur eine Handlung vorliegt.

Wie erörtert, haben auch die natürliche und die juristische Handlungseinheit mehrere Handlungen im juristischen Sinne zur Voraussetzung. Naturgemäß muß von diesen Handlungen rein zeitlich gesehen immer eine vor der anderen liegen. Dennoch ist es nicht gerechtfertigt, die vorangehenden Handlungen innerhalb einer solchen Handlungseinheit als "Vortaten" zu bezeichnen. Vielmehr ist sowohl die natürliche als auch die juristische Handlungseinheit eine aus juristischen Gründen vorgenommene Zusammenfassung mehrerer Handlungen, um in diesen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen die Annahme von Real Konkurrenz zu vermeiden.

b. Die straflose Vortat ist eine Erscheinungsform der Handlungsmehrheit.

Die Bezeichnung "straflose Vortat" kann somit nur für die Fälle als eigenständiger Begriff Bedeutung haben, in denen mehrere Handlungen im juristischen Sinne vorliegen, ohne daß diese zu einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden können.

Die bereits früher zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Einbruchs in den Kiosk verdeutlicht das Problem ¹⁰⁸⁾: Ein Angeklagter hatte mit anderen verabredet, in eine versperrte Verkaufsbude einzubrechen. Während er damit begann, bezogen die anderen

108) BGH 4/219

Warnposten. Als sich ein Streifenwagen der Polizei näherte, liefen die Aufpasser weg. Auch der Angeklagte ließ von seinem Vorhaben ab und begab sich zu einer in der Nähe befindlichen Haltestelle der Straßenbahn. Der Streifenwagen fuhr jedoch weiter. Daraufhin entschloß sich der Angeklagte, der von dem Diebstahlsversuch zunächst Abstand genommen hatte, ohne nochmalige Verständigung der Komplizen erneut den Einbruch durchzuführen. Er erbrach die Verkaufsbude und entwendete verschiedene Gegenstände. Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen zweier selbständiger Straftaten, nämlich wegen versuchten und wegen vollendeten Diebstahls verurteilt. Diesem Urteil hat sich der Bundesgerichtshof verschlossen, "weil die beiden Teile des gesamten Verhaltens des Angeklagten infolge ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs eine natürliche Handlungseinheit" gewesen seien. Ohne zunächst auf diese Begründung einzugehen, soll mit diesem Beispiel gezeigt werden, daß es auch Fälle gibt, in denen der einheitliche Entschluß (Gesamtvorsatz) nicht besteht, und in denen dennoch nur eine Bestrafung wegen der Haupttat erfolgt. Hier ist nicht wie bei den Beispielen, in denen der Versuch direkt in die Vollendung übergeht oder wie bei den zusammengesetzten Delikten die Sachlage gegeben, daß die erste "Vorbereitungstat" subjektiv als Teilabschnitt der eigentlichen Tat gedacht war, sondern der erste Teil des verbrecherischen Geschehens stellt sich lediglich nach objektiven Gesichtspunkten als "Vorbereitungstat" dar; subjektiv hat sich die eigentliche Haupttat auf Grund eines völlig neuen Tatentschlusses entwickelt. Nur diese Fälle, in denen sich die Vortat zwar objektiv als Vorbereitungstat darstellt, während subjektiv beide Taten auf Grund eines verschiedenen Entschlusses begangen worden sind, können für den Begriff "straflose Vortat" von Bedeutung sein, da immer dann, wenn der Täter die vorangegangene Vorbereitungstat subjektiv als Teilabschnitt der eigentlichen Begehungstat gesehen hat

und die Vollendung auf Grund eines gleichbleibenden Entschlusses eingetreten ist, nur eine Handlung oder Handlungseinheit angenommen werden muß.

1. Die straflose Vortat ist kein Anwendungsfall der Gesetzeskonkurrenz, sondern scheinbare Realkonkurrenz.

Die aufgezeigte Problemstellung macht deutlich, daß es so große Schwierigkeiten bereitet, die für die Gesetzeskonkurrenz gefundenen Auslegungsregeln der Subsidiarität oder Konsumtion auf diese wirklichen Fälle strafloser Vortat anzuwenden, da sie ihrer Struktur nach zur Realkonkurrenz gehören, während die Gesetzeskonkurrenz als scheinbare Idealkonkurrenz das Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit zur Voraussetzung hat.

Im Vordergrund stehen deshalb insbesondere in der Rechtsprechung die Bemühungen, trotz des fehlenden einheitlichen Entschlusses eine Form der Handlungseinheit anzunehmen, da dann unter Umständen eine unmittelbare Anwendung der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz möglich wäre. Dieser Versuch beruht auf der Erkenntnis, daß die gegenseitigen rechtlichen Beziehungen der mehreren Handlungen, die hier zugrunde liegen, nur entweder durch Annahme natürlicher oder juristischer Handlungseinheit oder aber nach den Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz bestimmt werden können, da allein auf diese Weise die Strafflosigkeit der Vortat erklärt werden kann.

Hier läßt sich zunächst das Bestreben erkennen, trotz des fehlenden einheitlichen Entschlusses Handlungseinheit anzunehmen. In der zitierten Entscheidung über den Einbruch in die Verkaufsbude ¹⁰⁹⁾ hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß eine natürliche Handlungseinheit zwi-

109) BGH 4/219

schen dem versuchten und dem vollendeten Delikt vorliege. In der Entscheidung heißt es, daß eine natürliche Handlungseinheit (im Anschluß an RG 58/113) durch einen solchen unmittelbaren Zusammenhang zwischen zwei oder mehreren menschlichen, strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen gekennzeichnet sei, daß sich das gesamte Tätigwerden an sich (objektiv) auch für einen Dritten als ein einheitlich zusammengehörendes Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar mache. Der Bundesgerichtshof kommt deshalb zu dem Schluß, daß für die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit die ununterbrochene Fortdauer des verbrecherischen Entschlusses nicht unerläßlich sei, sondern es komme lediglich darauf an, wie sich die verschiedenen Betätigungen einem dritten Beobachter darbieten. Entscheidend sei somit lediglich das äußere Erscheinungsbild der beiden Handlungen. Seien diese durch einen engen räumlichen und sachlichen Zusammenhang miteinander verbunden, dann seien sie auch eine natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im Rechtssinne, selbst wenn der Handlungswille des Täters infolge Aufgabe des ursprünglichen Verbrechensentschlusses unterbrochen gewesen sei. Man müsse lediglich fordern, daß es sich um gleichartige Betätigungen handle, also um solche, die ihrem Inhalt und ihrem äußeren Erscheinungsbild nach gleichgeartet seien.

Es ist bereits herausgestellt worden, daß in den Fällen, in denen die verbrecherische Handlung bei gleichbleibendem Handlungswillen vom Versuch direkt in die Vollendung übergeht, nur eine Handlung angenommen werden kann, und daß es nicht sinnvoll ist, die strafbare Handlung in einzelne Stadien aufzuteilen und diese als selbständige strafbare Handlungen zu bewerten, die nur subsidiär gegenüber dem vollendeten Delikt sind. Es gibt jedoch Fälle, in denen praktisch der vorgestellte Erfolg des vollendeten Delikts erreicht wird, in denen aber in der Art der Durchführung infolge nicht vorhergesehener Zwischenfälle eine geringfügige

Abweichung vom Täterplan eintritt. Als Beispiel mag der in BGH 10/129 beschriebene Fall gelten, in welchem der Täter beabsichtigt, sein Opfer durch einen Schlag mit einer gefüllten Flasche auf den Kopf zu töten; hier ließ der Täter, als er merkte, daß das Opfer nicht tot war, von seinem Vorsatz nicht ab, sondern er versuchte, dieses durch Erwürgen ums Leben zu bringen. Nach dem Leitsatz dieser Entscheidung liegt eine natürliche Handlungseinheit regelmäßig auch dann vor, wenn der Täter denselben Tatentschluß nach dem unerwarteten Fehlschlag des ersten Mittels unmittelbar anschließend mit einem anderen Mittel zu verwirklichen versucht. Hierbei wird nur die Einschränkung gemacht, daß der zweite Tatabschnitt dann als selbständige Handlung zu werten sei, wenn es dem Täter ursprünglich auf die Verwendung nur eines bestimmten Mittels ankam. In den Gründen dieser Entscheidung wird sodann ausgeführt, daß in den Fällen, in denen der Täter den Vorsatz hatte, beim Mißlingen des ersten Versuchs die Tat durch eine andere Handlung zu vollenden, oder daß es dem Täter auf die Anwendung eines bestimmten Mittels nicht ankam, eine natürliche Handlungseinheit vorliege. Dieser Entscheidung, die sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹¹⁰⁾ befindet, ist zuzustimmen. In dem beschriebenen Fall ist eine natürliche Handlungseinheit anzunehmen, weil die Handlungen, die zur Erfüllung des Tatbestandes dienen, in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen und der fortbestehende unveränderte (Gesamt)- Vorsatz es rechtfertigt, diese Tätigkeitsakte als einheitliches Geschehen zu betrachten. Es ist hierbei zu berücksichtigen, daß der abstrakte gesetzliche Tatbestand das komplexe menschliche Verhalten während einer Tat nur selten voll erfassen kann. Ähnlich wie beim Versuch im

110) RG 58/113; 59/318; 76/140

Verhältnis zur Vollendung ist es auch hier nicht sinnvoll, diesen von einem unverändert einheitlichen Handlungswillen gesteuerten, eine progressive Willensverwirklichung darstellenden Prozeß in einzelnen Stadien aufzuteilen. Es ist deshalb richtig, wenn das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung dann eine natürliche Handlungseinheit angenommen hat, wenn die einzelnen Tätigkeitsakte bei gleichbleibendem Vorsatz in einem so engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen, daß sich das gesamte Tätigwerden an sich (objektiv) auch für einen Dritten als einheitliches, zusammengehöriges Tun erkennbar macht. Es handelt sich dann nur um unwesentliche Veränderungen im Tatverlauf, welche die natürliche Handlungseinheit unberührt lassen. Voraussetzung ist aber der enge zeitliche und räumliche Zusammenhang sowie der fortbestehende gleichbleibende Handlungswille.¹¹¹⁾

Wesentlich anders liegt aber der Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude¹¹²⁾, in welchem ein neuer Tatentschluß gefaßt wurde. In diesem Beispiel kann eine natürliche Handlungseinheit nicht angenommen werden. Beruht der nach dem abgebrochenen Versuch liegende Teil des Geschehens auf einem völlig neuen Entschluß, wie es in der zitierten Entscheidung die Strafkammer bindend festgestellt hatte, kann nur eine Mehrheit von Handlungen vorliegen. Wenn es in dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs heißt, daß für die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit die ununterbrochene Fortdauer des verbrecherischen Entschlusses nicht unerläßlich sei, so kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Zu Unrecht beruft sich der Bundesgerichtshof zunächst auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts. So fällt insbesondere auf, daß gerade das Urteil des Reichsgerichts¹¹³⁾,

111) RG 58/ 113; 59/318; Honig, Studien, S. 77; Schönke-Schröder, Vorb. II zu § 73

112) BGH 4/219

113) RG 58/116

welches die Entscheidung des Bundesgerichtshofs tragen soll und auf das ausdrücklich Bezug genommen wird, das Gegenteil besagt. So heißt es in RG 58/116, daß das Vorhandensein eines einheitlichen Ziels für das Tätigwerden und eines einheitlichen Entschlusses, dieses Ziel zu erreichen, allein die infolgedessen ausgeführte Tätigkeit noch nicht zu einem einheitlichen Tun im natürlichen Sinne mache. Daraus ergibt sich, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts Mindestvoraussetzung stets der einheitliche Wille war. Hierauf hat insbesondere Hartung ¹¹⁴⁾ in seinem Überblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch ausdrücklich hingewiesen. Folgt man der Auffassung des Bundesgerichtshofs, so kommt man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß die Anforderungen an den Gesamtvorsatz bei der fortgesetzten Handlung stärker sind als bei der natürlichen Handlungseinheit. Während dort unbedingtes Erfordernis das Vorliegen eines kontinuierlichen Gesamtvorsatzes ist, soll natürliche Handlungseinheit auch dann angenommen werden können, wenn eine deutliche Zäsur im Handlungswillen und damit auch im Vorsatz gegeben ist. Dieses Ergebnis erscheint willkürlich und ist dogmatisch - gerade im Hinblick auf die fortgesetzte Tat - nicht gerechtfertigt. ¹¹⁵⁾ Es ist vielmehr davon auszugehen, daß Handlungseinheit nur dann angenommen werden kann, wenn neben den objektiven Voraussetzungen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mindestens ein einheitlicher Willensentschluß vorgelegen hat. Richtig erscheint daher die Formulierung in der Entscheidung in BGH 10/231, wonach eine einheitliche Handlung gegeben ist, wenn der Handelnde den auf die Erzielung eines Erfolges gerichteten, einheitlichen Willen durch eine Mehrheit gleichgearteter Akte betätigt und die

114) Hartung, SJZ 50/327

115) Honig, Studien, S. 83 ff.

einzelnen Betätigungsakte auf Grund ihres räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs objektiv erkennbar derart zusammengehören, daß sie nach der Auffassung des Lebens eine Handlung bilden.¹¹⁶⁾

Tatsächlich ist der Bundesgerichtshof - ohne dies ausdrücklich zu erwähnen - von der Entscheidung in BGH 4/219 abgewichen, indem er in der in NJW 62/2163 veröffentlichten Entscheidung ausdrücklich erklärt, daß der enge räumliche und zeitliche Zusammenhang allein nicht genüge, um eine natürliche Handlungseinheit herzustellen, sondern daß ein einheitlicher Wille gegeben sein müsse.

Daraus ergibt sich, daß der vom Bundesgerichtshof in BGH 4/219 vertretene Ansicht, wonach auch in den Fällen, in denen sich die eine Tat nur objektiv als Vor(bereitungs) - Tat darstellt, während es an der subjektiven Verbindung der beiden Handlungen in Form eines einheitlichen Willensentschlusses fehlt, natürliche Handlungseinheit angenommen werden könne, nicht zu folgen ist. Der aufgezeigte Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude ist mit der Konstruktion der natürlichen Handlungseinheit nicht zu lösen. Das Ergebnis dieser Entscheidung, daß nämlich nur wegen eines vollendeten schweren Diebstahls zu bestrafen ist, erscheint richtig, jedoch kann die Begründung in der Entscheidung nicht überzeugen, da der Begriff der natürlichen Handlungseinheit verkannt wird.

In dem Bemühen, eine unmittelbare Anwendung der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz zu ermöglichen, ist weiterhin angenommen worden, daß die Fälle der straflosen Vortat als juristische Handlungseinheit aufzufassen sind.¹¹⁷⁾ Danach wird dogmatisch die straflose Vortat der fortgesetzten Handlung und dem Dauerdelikt gleichgesetzt mit dem Ziel, die straflose Vortat als unselbständigen Teil einer im natürlichen Sinne mehraktigen

116) So auch RG 44/223 und 58/116

117) Liszt-Schmidt, S. 354, v. Hippel, 1930, S. 549; Mezger, 1949, S. 463; A. Mayer, S. 410

Tat zu kennzeichnen. Mit Recht hat sich schon Honig¹¹⁸⁾ gegen die Annahme einer juristischen Handlungseinheit ausgesprochen. Die juristische Handlungseinheit setzt zwar, ebenso wie die straflose Vortat, begrifflich mehrere Handlungen voraus, d.h. es müssen mehrere tatbestandlich subsumierbare Handlungen vorliegen. Es kann aber nicht übersehen werden, daß die Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einer juristischen Handlungseinheit, wie beim Dauerdelikt und der fortgesetzten Handlung, auf einem zwischen den Einzeldelikten bestehenden inneren Zusammenhang beruhen muß, nämlich auf dem einheitlichen Vorsatz.¹¹⁹⁾

Voraussetzung für die Annahme einer juristischen Handlungseinheit ist neben der Gleichartigkeit der Tatbestandsverwirklichung die Einheitlichkeit des Tätervorsatzes, der bei Fortsetzungszusammenhang jede Handlung als Fortsetzung einer früheren Handlung erscheinen läßt. Es ist deshalb auch die im Schrifttum teilweise vertretene Theorie des Fortsetzungsvorsatzes¹²⁰⁾, wonach auch dann eine fortgesetzte Handlung angenommen werden kann, wenn jeder spätere Entschluß zur Begehung einer neuen Straftat bei objektiv gleichartigen Merkmalen als Fortsetzung der vorangegangenen erscheint, abzulehnen. Die Feststellung einer juristischen Handlungseinheit kann sich nur an dem einheitlich bleibenden Vorsatz orientieren, wenn die Gefahr vermieden werden soll, daß starke Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen.

Gerade an einem solchen einheitlichen Vorsatz fehlt es aber in dem gegebenen Beispiel des Einbruchs in die Verkaufsbude, da die zweite Tat auf einem anderen Entschluß beruhte als die Vortat (Versuch).¹²¹⁾ Es ist somit dogmatisch nicht gerechtfertigt, den Begriff der straflosen Vortat als Fall der juristischen Handlungseinheit darzustellen, da der straflosen Vortat ein Bestimmungsmerkmal fehlt, das allen Fällen der aus juristischen Gründen gebildeten Handlungseinheit gemeinsam ist: der einheitliche

118) Honig, S. 115

119) Honig, Studien, S. 61 ff., Maurach, AT, S. 580

120) Schönke-Schröder, Vorb. zu § 73, Anm. 29, Maurach, AT, S. 583, Mezger, Stud.-B. I, S. 261

121) vgl. hierzu die Rechtsprechung des BGH in BGH 1/315; 2/164; 8/35;

Entschluß, der "Gesamtvorsatz". Es ist deshalb aus dogmatischen Gründen abzulehnen, in der straflosen Vortat einen Anwendungsfall der juristischen Handlungseinheit zu sehen.

Daraus folgt, daß eine unmittelbare Anwendung der für die Gesetzeskonkurrenz entwickelten Grundsätze nicht möglich ist, wenn man an der bisher herrschenden Lehre festhält, daß ein Fall der Gesetzeskonkurrenz nur beim Vorliegen einer Handlung oder einer Handlungseinheit gegeben sein kann, denn die wirklichen Fälle strafloser Vortat, die mehrere Handlungen voraussetzen, können weder als natürliche noch als juristische Handlungseinheit erfaßt werden.

Becker ¹²²⁾ und neuerdings auch Schönke-Schröder ¹²³⁾ und Geerds ¹²⁴⁾ vertreten deshalb die Ansicht, daß Gesetzeskonkurrenz auch beim Vorliegen von Handlungsmehrheit angenommen werden könne. Zur Begründung dieser Ansicht wird ausgeführt, daß der Begriff Gesetzeskonkurrenz nur die Tatsache umschreibe, daß an sich die Anwendung mehrerer Gesetze auf einen Fall möglich sei, daß aber nur eines dieser Gesetze zur Anwendung komme, weil der andere der gesetzlichen Tatbestände verdrängt, ausgeschlossen, konsumiert werde. Da diese gleiche Rechtsfolge auch in den Fällen strafloser Vor- und Nachtat auftrete, sei es richtig, den Begriff "Gesetzeskonkurrenz" auch dann anzuwenden, wenn mehrere selbständige Handlungen vorliegen.

Diese Auffassung begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Die an sich frappierende Lösung ist allerdings mit logischen Argumenten allein nicht zu widerlegen, da es sich bei diesem Problem in erster Linie um eine methodische Fragestellung handelt. ¹²⁵⁾ Tatsächlich findet sowohl bei den üblicherweise als Gesetzeskonkurrenz behandelten Fällen als auch bei den straflosen Vor- und Nachtaten (Handlungsmehrheit) der gleiche Vorgang statt: Stets sind

122) Becker, S. 30

123) Schönke-Schröder, Vorb. VI zu § 73

124) Geerds, S. 164

125) so auch Klug, ZStW 68/415

mehrere Gesetze vorhanden, die auf den strafrechtlich relevanten Sachverhalt angewendet werden können, und dennoch kommt aus Rechtsgründen nur ein Gesetz zur Anwendung. Trotzdem wird diese Ansicht mit Recht abgelehnt, und zwar überwiegend aus rechtsdogmatischen und methodischen Gründen.¹²⁶⁾ Es ist hierbei nämlich zu berücksichtigen, daß die Gesetzeskonkurrenz im Gegensatz zu den durch das Strafbuch normierten Fällen des Zusammentreffens mehrerer Straftaten (Ideal- und Realkonkurrenz) eine durch Schrifttum und Rechtsprechung geschaffene Rechtsform ist. Der Ausdruck "Gesetzeskonkurrenz" wird überwiegend als wenig sinnvoll angesehen.¹²⁷⁾ Im Gegensatz zur Idealkonkurrenz findet bei der Gesetzeskonkurrenz ein Zusammentreffen mehrerer Tatbestände mit entsprechenden Beiträgen zur Gesamtwertung der Tat nicht statt. Vielmehr ist es gerade das Wesen der Gesetzeskonkurrenz, daß die Tat nur nach einem Gesichtspunkt beurteilt wird, so daß es folgerichtig ist, hier nur von einer scheinbaren Konkurrenz zu sprechen. Hieraus erklärt sich auch das Bemühen von Kohlrausch-Lange¹²⁸⁾, die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" durch den Begriff der Konsumtion zu ersetzen. Wesentlich ist aber bei einer Begriffsbildung nicht die Bezeichnung, sondern die Festlegung der einzelnen Bestimmungsmerkmale einer rechtlichen Erscheinungsform¹²⁹⁾.

Umfang und Grenzen des von der Lehre und der Rechtsprechung geschaffenen Begriffs der Gesetzeskonkurrenz kann man deshalb nur dann festlegen, wenn man auf die Erscheinungsform zurückgreift, welche die Grundlage für die Bildung dieses Begriffs gewesen sind.

Hier läßt sich aber ohne weiteres feststellen, daß der Begriff "Gesetzeskonkurrenz" von Anfang an nur für die Fälle entwickelt worden ist, in denen eine Handlung

126) Maurach, AT. S. 636; Honig, S. 12

127) Maurach, AT, S. 641; Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. 1, Mezger, 1955, S. 251, LK I § 73, Anm. III A

128) Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. 1

129) Honig, S. 1

oder Handlungseinheit vorgelegen hat. Stets ist die Problematik eines solchen Zusammentreffens von mehreren Tatbeständen darin gesehen worden, wie und mit welchen Mitteln die scheinbare Konkurrenz verschiedener Strafgesetze um eine Handlung zu lösen sei. So ergibt sich schon bei Hälschner ¹³⁰⁾, daß bei Gesetzeskonkurrenz eine "Concurrenz mehrerer Gesetze bei einer Handlung" im Gegensatz zu einer "Concurrenz mehrerer Delikte" gemeint war. Damit erweist sich die Gesetzeskonkurrenz in der modernen Begriffsbildung als ein Fall der Idealkonkurrenz, oder besser der scheinbaren Idealkonkurrenz. In diesem Sinne ist auch die Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz von Anfang an in Lehre und Rechtsprechung behandelt worden, ¹³¹⁾ und es kann auch heute noch als herrschende Lehre bezeichnet werden, daß Gesetzeskonkurrenz nur dann anzunehmen ist, wenn durch eine strafbare Handlung mehrere Gesetze verletzt werden, wobei schließlich aus Rechtsgründen nur ein Gesetz zur Anwendung kommt. Der von der Lehre geschaffene Begriff "Gesetzeskonkurrenz" beschreibt somit den Zustand des scheinbaren Zusammentreffens mehrerer Strafgesetze auf eine Handlung oder Handlungseinheit.

Es erscheint methodisch nicht gerechtfertigt, den Begriff der Gesetzeskonkurrenz, der von Rechtsprechung und Lehre nur für die Fälle entwickelt worden ist, in denen bei Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit mehrere Gesetze zur Anwendung kommen, einfach auf eine ganz andere rechtliche Erscheinungsform zu übertragen, nämlich auf das Zusammentreffen mehrerer Handlungen. ¹³²⁾ Dies ist um so weniger sinnvoll, als die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" keineswegs zutreffend ist und eine Konkurrenz der Gesetze schließlich bei jeder Form der Konkurrenz auftritt, also auch bei Ideal- und Realkonkur-

130) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 659

131) Allfeld, Lehrbuch, S. 235, Binding, Handbuch, S. 333
Gerland, Strafrecht, S. 161, Frank, § 73, Anm. VII.
Köhler, Strafrecht, S. 568, Köstlin, System, S. 537

132) So auch Lent, S. 29, 37 ff.

renz, so daß die Bezeichnung selbst über den Inhalt dieses Begriffs nichts aussagt. Der Begriff der Gesetzeskonkurrenz kann deshalb nur richtig erfaßt und abgegrenzt werden, wenn man auf den dogmatisch ausgewiesenen Rechtsgrund dieser Erscheinungsform zurückgeht, also auf das Vorliegen einer Handlung.

Noch ein anderes gewichtiges Argument spricht dafür, die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" - wie bisher üblich - nur anzuwenden, wenn mehrere gesetzliche Tatbestände durch eine Handlung erfüllt werden.

Spezialität beruht in jedem Fall auf einem abstrakten Vergleich der Gesetze, und auch bei Konsumtion spielt dieser Gedanke eine entscheidende Rolle, wenn auch hier bereits auf den konkreten Fall abgestellt werden muß. Voraussetzung für die Annahme von Spezialität z.B. ist aber das Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit, da bei Handlungsmehrheit ein solcher abstrakter Vergleich der Normen nicht zu dem Ausscheiden des einen Tatbestandes führen kann, weil die möglichen Fälle des Zusammentreffens selbständiger Handlungen in ihrer Vielzahl gesetzlich nicht erfaßbar sind. Daraus folgt, wie später noch im einzelnen gezeigt wird, daß das Verhältnis zweier Normen sich z.B. beim Vorliegen einer Handlung als Spezialität, beim Vorliegen von mehreren Handlungen als Subsidiarität darstellen kann. Im einzelnen wird dies im zweiten Teil der Arbeit an dem Verhältnis der uneidlichen falschen Aussage zum Meineid und der einfachen Körperverletzung zum Totschlag nachgewiesen werden. Während in diesen Fällen bei Begehung der Tat durch eine Handlung Spezialität vorliegt, ist unter Umständen bei Handlungsmehrheit ein Fall der Subsidiarität gegeben. Überhaupt kann deshalb die Frage, welche Auslegungsregel im Einzelfall anzuwenden ist, erst beantwortet werden, wenn zunächst geklärt wird, ob eine oder mehrere Handlungen vor-

liegen.¹³³⁾

Gerade dieser Umstand würde aber, wenn man die Bezeichnung Gesetzeskonkurrenz auch für die Fälle der Handlungsmehrheit für richtig hielte, eine neue Begriffsverwirrung mit sich bringen, denn es müßte im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz doch wieder untersucht werden, ob ein Fall der Gesetzeskonkurrenz beim Vorliegen einer Handlung oder bei Handlungsmehrheit gegeben ist. Nur dann wäre es nämlich möglich zu klären, in welchem Verhältnis die Vorschriften zueinander stehen, ob also Subsidiarität, Konsumtion oder Spezialität vorliegt. Durch die Übertragung des Begriffs Gesetzeskonkurrenz auf die Fälle der Handlungsmehrheit würde somit keinesfalls eine Vereinfachung herbeigeführt werden, sondern im Gegenteil scheint hierdurch nur eine Erschwerung für die Prüfung durch den Strafrichter erreicht zu werden. Auch diese Erwägungen sprechen deshalb dagegen, die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" entgegen der historischen Entwicklung dieses Begriffs und entgegen der herrschenden Meinung auch auf die Fälle der Handlungsmehrheit anzuwenden.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß es nicht richtig ist, die straflose Vortat als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz zu erfassen, da Grundvoraussetzung der straflosen Vortat das Vorliegen mehrerer Handlungen ist, während Gesetzeskonkurrenz nur angenommen werden kann, wenn eine Handlung oder Handlungseinheit gegeben ist. Die Gesetzeskonkurrenz erweist sich damit als Anwendungsfall der Idealkonkurrenz (scheinbare Idealkonkurrenz); die straflose Vortat kann dagegen nur dem Gebiet der Realkonkurrenz zugeordnet werden (scheinbare Realkonkurrenz).

¹³³⁾ Klug, ZStW 68/413

2. Die Straflosigkeit der Vortat beruht nicht auf einem persönlichen Strafausschließungsgrund.

Den Zwiespalt, der sich dadurch ergibt, daß die Problematik der straflosen Vortat scheinbar einerseits nur durch Anwendung der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz gelöst werden kann, andererseits die Gesetzeskonkurrenz aber das Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit zur Voraussetzung hat, versucht Maurach¹³⁴⁾ dadurch zu vermeiden, daß er für die Vortat einen persönlichen Strafausschließungsgrund annimmt. Dieser Versuch Maurachs, die straflosen Vor- und Nachtaten dogmatisch neu in die bestehende Systematik einzubauen, kann ebenfalls nicht als geglückt angesehen werden. Maurach kommt praktisch zu der Konstruktion der mitbestraften Tat als einer Erscheinungsform der Realkonkurrenz, die aber nicht deren gesetzlicher Regelung unterworfen ist, sondern in der Wirkung der Gesetzeskonkurrenz gleichgestellt ist. Maurach ist der Ansicht, daß die Straflosigkeit der Vor- und Nachtaten nicht aus den Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz, sondern aus einem persönlichen Strafausschließungsgrund herzuleiten sei, der wiederum darin seinen berechtigten Grund habe, daß der Unrechtsgehalt der vorangegangenen Tat durch die Bestrafung für die Haupttat mit abgegolten sei.

Auch gegen diese Konstruktion sprechen aber erhebliche dogmatische Bedenken. Der Begriff des persönlichen Strafausschließungsgrundes ist sehr umstritten.¹³⁵⁾ Welzel¹³⁶⁾ erklärt hierzu, daß der persönliche Strafausschließungsgrund seinen Rechtsgrund in Erwägungen habe, die den kriminellen Unwert der Tat an sich nicht berührten; der Staat sehe aus außerstrafrechtlichen Gesichtspunkten von Strafe ab, denn beträfe der strafausschließende Gesichts-

134) Maurach, S. 656 ff.

135) Welzel, MDR 61/373, Peters, S. 496, E. Schmidt, S. 559

136) Welzel, MDR 61/373

punkt gerade den kriminellen Unwert der Tat, so müsse er eben eines der drei Deliktselemente, nämlich die Tatbestandsmäßigkeit, das Unrecht oder die Schuld ausschließen. Da aber ausschließlich außerstrafrechtliche Gesichtspunkte maßgebend seien, könne ein persönlicher Strafausschließungsgrund nur dann denkbar sein, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift bestehe, so daß die Möglichkeit eines "übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrundes" nicht vorhanden sei.¹³⁷⁾

Auch in der Rechtsprechung hat sich die Annahme eines übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht durchgesetzt. In den Fällen der sog. Anstaltstötungen hat der Oberste Gerichtshof für die britische Zone in zwei Entscheidungen ^{137a)} zwar den Freispruch der Angeklagten damit begründet, daß ein übergesetzlicher persönlicher Strafausschließungsgrund vorliege. Diesen Entscheidungen lag der Fall zugrunde, daß die Anstaltsbeamten während der Herrschaft des Nationalsozialismus nach dem Tötungsbefehl eine Anzahl von Geisteskranken zur Vernichtung auswählten, um dadurch eine größere Anzahl von Geisteskranken zu retten. Die Entscheidungen haben jedoch hinsichtlich ihrer Begründung nur wenig Zustimmung gefunden, und es ist zum überwiegenden Teil in diesen Fällen ein Schuld ausschließungsgrund angenommen worden.^{137b)}

Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Möglichkeit, einen übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrund anzunehmen, nicht für richtig gehalten werden kann.¹³⁸⁾ Maurach ¹³⁹⁾ selbst schreibt an anderer Stelle in seinem Lehrbuch, daß übergesetzliche Strafausschlie-

137) Schönke-Schröder, § 51, Anm. VI

137a) OGH 1,321 und 2,117

137b) Schmidt, SJZ 49/559, Gallas in Mezger-Festschrift, S. 332, Welzel, ZStW 63,47, Maurach, AT, S. 306

138) hierzu insbesondere die Ausführungen von Welzel, ZStW 63,47

139) Maurach, S. 356

Bungsgründe nicht anzuerkennen seien. Es ist deshalb erstaunlich, daß er später bei den straflosen Vor- und Nachtaten einen solchen übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrund einführen will. Die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes bei den straflosen Vor- und Nachtaten dient deshalb in ihrer Wirkung gerade nicht dazu, diese Rechtsformen in die bestehende Dogmatik einzubauen, sondern sie stellt eine willkürliche Ausdehnung des dogmatisch fest umrissenen Begriffs des persönlichen Strafausschließungsgrundes dar.

Im übrigen ist nicht zu verkennen, daß die persönlichen Strafausschließungsgründe nur dann gegeben sind, wenn eine Ausnahmesituation vorliegt, in welcher auf Grund einer Güter- und Pflichtenkollision nach dem Willen des Gesetzgebers von Strafe auch dann abgesehen wird, wenn nach den allgemeinen Regeln weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld ausgeschlossen werden können. Die Problematik ist jedoch bei der straflosen Vortat ganz anders, so daß eine echte Parallele nicht vorliegt. Außerdem wäre die Einführung eines übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrundes auch für die Rechtsprechung gefährlich, da gerade bei den straflosen Vor- und Nachtaten nicht allein logische Erwägungen zu der Straflosigkeit der Vortat führen, sondern vor allem teleologische Überlegungen maßgebend sind, so daß die Bestimmung, wann ein solcher persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegen sollte, nicht generell festgelegt werden könnte. Die Konstruktion Maurachs, in den Fällen der straflosen Vor- und Nachtaten einen übergesetzlichen persönlichen Strafausschließungsgrund anzunehmen, ist deshalb abzulehnen.

3. Die Straflosigkeit der Vortat beruht auf dem Gedanken der Subsidiarität.

Aus den Überlegungen Maurachs ergibt sich deutlich der Widerspruch, der darin liegt, daß die straflosen Vor- und Nachtaten einerseits eine Erscheinungsform sind, die von dem Begriff "Gesetzeskonkurrenz" nicht erfaßt wird, daß aber andererseits nur ähnliche Erwägungen zur Begründung der Straflosigkeit der Vor- und Nachtaten herangezogen werden können wie in den Fällen der Gesetzeskonkurrenz.

Honig ¹⁴⁰⁾ ist deshalb der Ansicht, daß die systematische Einordnung der straflosen Vor- und Nachtaten in die Konkurrenzlehre nur dann möglich sei, wenn man davon ausgehe, daß die üblicherweise als Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Formen der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität nicht Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz seien, sondern daß gerade umgekehrt davon ausgegangen werden müsse, daß die Gesetzeskonkurrenz nur ein Unterfall jener Grundsätze sei.

Honig führt hierzu aus, daß die straflosen Vor- und Nachtaten der Gesetzeskonkurrenz koordiniert seien, da die gegenseitigen rechtlichen Beziehungen der mehreren selbständigen Handlungen bei den straflosen Vor- und Nachtaten nur nach jenen Auslegungsregeln bestimmt würden. Honig vertritt seine Ansicht ¹⁴¹⁾ lediglich in Form einer These, ohne daß er hierzu nähere Ausführungen macht. Die Schrift von Honig beschäftigt sich im übrigen fast ausschließlich mit den einzelnen Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz und ihren Anwendungsmöglichkeiten auf die Fälle der straflosen Vor- und Nachtaten. Gerade hierin

140) Honig, S. 12, Baumann, S. 517

141) Honig, S. 12, 114

kann aber der Grund gesehen werden, weshalb die Ausführungen von Honig zur Frage der Begriffsbestimmung der straflosen Vor- und Nachtaten im Gegensatz zu der Abhandlung über das Wesen der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz nur verhältnismäßig selten in der Strafrechtsdogmatik berücksichtigt worden sind. Tatsächlich bleibt die These von Honig ohne nähere sachliche und dogmatische Begründung farblos, auch wenn Honig im Kern zu einem richtigen Ergebnis gelangt ist. Hinzukommt, daß Honig meist Beispiele gewählt hat, die sich bei näherer Betrachtung als eine Handlung oder natürliche Handlungseinheit auffassen lassen und in diesem Sinne von der Praxis auch weitgehend behandelt worden sind. Die wirklichen Fälle strafloser Vortat hat Honig dagegen nur nebenbei behandelt, was dazu führte, daß ein Teil des Schrifttums - so insbesondere Nagler-Jagusch - ¹⁴²⁾, dem Begriff der straflosen Vortat eine selbständige Berechtigung absprach.

Es ist zunächst auf die Ausführungen zu der Frage, ob Gesetzeskonkurrenz nur beim Vorliegen einer Handlung oder auch bei Handlungsmehrheit möglich sei, zurückzugreifen. Hier ist als Ergebnis festgestellt worden ¹⁴³⁾, daß der Begriff der Gesetzeskonkurrenz nur dann richtig zu erfassen ist, wenn man auf den dogmatisch ausgewiesenen Rechtsgrund dieser Erscheinungsform zurückgreift. Nur unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes werden die bereits aufgezeigten Bemühungen von Kohlrausch-Lange und Sauer verständlich, die auf die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" ganz verzichten und die Begriffe Konsumtion, Subsidiarität usw. direkt verwenden wollen. Es wird nicht verkannt, daß diese Überlegungen im Grunde folgerichtig sind. Bei einer Begriffsbestimmung ist es richtiger, auf den Grund für eine rechtliche Folgeerscheinung, hier also auf den Grund für die Nichtbestrafung einer tatbestandsmäßigen Handlung, abzustellen. Andererseits ist aber zu

142) LK, I, § 73, Anm. C 5 (Anhang)

143) S. 63

berücksichtigen, daß sich die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" in Wissenschaft und Praxis weitgehend durchgesetzt hat. Da es das Ziel dieser Arbeit ist, den Begriff der straflosen Vortat in die bestehende Dogmatik einzuordnen, soll die Gesetzeskonkurrenz in der herkömmlichen Weise behandelt werden. Wesentlich ist nur, daß bei Verwendung des Begriffs "Gesetzeskonkurrenz" erkannt wird, daß die Straflosigkeit einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung allein damit zu begründen ist, daß ein Fall der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion vorliegt. Brauchbares Mittel für die begriffliche Klärung im Bereich der Gesetzeskonkurrenz wird deshalb weniger die Einführung neuer Begriffe als vielmehr die sachgerechte, geläuterte Anwendung der überlieferten Dogmatik sein.¹⁴⁴⁾

Geht man hiervon aus, so ist die These von Honig, daß die Gesetzeskonkurrenz ein Unterfall der bisher nur als Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Begriffe der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität sei, an sich logisch nicht zu beanstanden, wenn sie auch im Widerspruch zur bestehenden Dogmatik steht. Eine systematische Einordnung der straflosen Vortat in unser Strafrechtssystem wird aber durch die Ausführungen von Honig nicht erreicht. Honigs Ansicht hierzu läßt jedoch den Gedanken anklingen, daß Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion nicht nur Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz seien, sondern daß es sich hierbei um Begriffe handelt, die darüber hinaus auch im gesamten Strafrechtssystem - also auch im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs - berücksichtigt werden müssen.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität nur Auslegungsregeln speziell der Gesetzeskonkurrenz sind oder ob es sich um selbständige Begriffe handelt, die im gesamten Strafrechtssystem Anwendung finden können.

144) Trotz der heftigen Kritik spricht sich selbst Sauer, S. 229, hierfür aus.

In den meisten Lehrbüchern und Kommentaren werden die Fälle der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität als Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz behandelt.¹⁴⁵⁾ Lediglich in Einzelschriften wird erörtert, daß auch Tatbestände des Besonderen Teils, ohne daß Gesetzeskonkurrenz vorliegt, in einem Verhältnis zueinander stehen, das als Konsumtion oder Subsidiarität zu bezeichnen ist. So wendet z.B. Niese¹⁴⁶⁾ den Gedanken der Subsidiarität auch auf die beiden Tatmodalitäten der Urkundenfälschung nach § 267 StGB an, indem er die Ansicht vertritt, daß ein Täter, der sowohl eine Urkunde fälscht als auch von ihr Gebrauch macht, nur einmal wegen eines Vergehens nach § 267 StGB bestraft werden könne, da die Fälschungshandlung in diesem Falle subsidiär sei.

Es ist bereits erörtert worden, was unter den Begriffen Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität zu verstehen ist.¹⁴⁷⁾ Damit ist aber lediglich das Verhältnis zweier Strafrechtsnormen in ihrem äußeren Erscheinungsbild beschrieben. Hieraus ergibt sich aber noch nichts darüber, welche Konsequenzen aus diesem Verhältnis der Strafrechtstatbestände zueinander erwachsen. Die Formeln "lex specialis derogat legi generali", "lex primaria derogat legi subsidiariae" und "lex consumens derogat legi consumptae" sind lediglich Thesen, ohne daß der Grund für die angestrebte rechtliche Folge aus diesen Sätzen ersichtlich wäre. Mit Recht weist Klug¹⁴⁸⁾ darauf hin, daß es keinesfalls logisch sei, daß z.B. das Generelle vom Speziellen derogiert werde, da bei den Naturgesetzen bei gleicher logischer Konstellation der umgekehrte Effekt eintrete.

Tatsächlich ergibt eine Untersuchung der Auslegungsregeln, daß diese auf logischen Erwägungen nicht beruhen können. Ganz abgesehen von dem von Klug erwähnten Ver-

145) Maurach AT, S. 639; Schönke-Schröder, Vorb. VII Anm. 57 zu § 73.

146) DRiZ 51/177

147) S. 37 ff.

148) ZStW 68/399

gleich mit den Naturwissenschaften ist es logisch nicht ausgeschlossen, daß es andere Strafrechtssysteme gibt, die die Erscheinungsform der Spezialität und Subsidiarität nicht kennen.¹⁴⁹⁾ Im übrigen könnte ein logisches Verhältnis zweier gesetzlicher Normen zueinander nur auf Grund eines abstrakten Vergleichs der in Betracht kommenden Gesetze gewonnen werden, so daß Konsumtion und Subsidiarität von vornherein nicht als logische Gesetze angesehen werden können, da sie immer eine wertende Betrachtung des Einzelfalles zur Voraussetzung haben. In der Tat wird nach neuerer Auffassung meist auch nur noch die Spezialität als logisches Gesetz aufgefaßt.¹⁵⁰⁾ Aber auch hiergegen bestehen Bedenken. Einmal gibt es kein logisches Gesetz, wonach das Spezielle das Generelle aufzehrt. In der Naturwissenschaft und in der Soziologie wird gerade der gegenteilige Effekt beobachtet. Zum anderen ist aber gerade bei der Spezialität festzustellen, daß nur beim Vorliegen einer Handlung aus dem abstrakten Vergleich der gesetzlichen Bestimmungen Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß das speziellere Gesetz das generelle ausschließt. Stehen aber die gleichen Normen im Verhältnis der Real Konkurrenz zueinander, so liegt keine Spezialität vor, sondern es kann allenfalls Subsidiarität in Betracht kommen. Somit kann nie gesagt werden, daß zwischen zwei gesetzlichen Tatbeständen ein solches Verhältnis besteht, daß die Anwendbarkeit des einen Tatbestandes aus logischen Gründen ausgeschlossen sei. Es ist deshalb der Ansicht von Klug zuzustimmen, daß es sich bei den Fällen der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität keineswegs um logische Gesetze, sondern um teleologischen Anweisungen für die Gesetzesauslegung handelt. Es ist davon auszugehen, daß die Grundsätze der Konsumtion, Subsidiarität und Spezialität Auslegungsregeln sind, die immer dann, wenn das Verhältnis mehrerer Tatbestände zueinander in

149) vgl. hierzu die ausführlichen Nachweise bei Geerds, S. 76 ff.

150) für andere: Geerds, S. 193

Frage steht, berücksichtigt werden müssen. Es sind keine logischen Gesetze, sondern aus teleologischen Gründen geschaffene Auslegungsregeln.

Geht man hiervon aus, so ergibt sich, daß es sich nicht nur um Auslegungsregeln handeln kann, die auf die Gesetzeskonkurrenz zutreffen, sondern daß diese für das gesamte Strafrecht ihre Gültigkeit haben, so daß also immer dann, wenn das Verhältnis zweier Straftatbestände zueinander im konkreten Fall zu prüfen ist, gleichzeitig untersucht werden muß - natürlich nur, soweit dies im Einzelfall nicht von vornherein abwegig ist -, ob ein Fall dieser Auslegungsregeln vorliegt. Hierbei ist zunächst ohne Belang, ob Ideal- oder Realkonkurrenz anzunehmen ist. Die These von Honig, daß die Gesetzeskonkurrenz ein Unterfall der Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität sei, beruht auf einer Verkenntung des Wesens dieser Auslegungsregeln, die keine selbständige rechtliche Bedeutung im Sinne logischer Gesetze haben, sondern Anweisungen für die Gesetzesauslegung in den Fällen sind, in denen ein Täter mehrere Tatbestände erfüllt hat. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Verwirklichung der Tatbestände auf einer oder auf mehreren Handlungen beruht. Stets ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine der Auslegungsregeln zutrifft.

Es bleibt zu untersuchen, welche Auslegungsregel auf die Fälle der Realkonkurrenz, und insbesondere der straflosen Vortat, anwendbar sein kann.

Spezialität kann nicht beim Vorliegen von Handlungsmehrheit angenommen werden. Grundvoraussetzung der Spezialität ist nämlich gerade die Tatbegehung durch eine Handlung.¹⁵¹⁾ Verübt jemand zunächst nur einen einfachen Diebstahl und unabhängig hiervon auf Grund eines neuen Entschlusses einen schweren Diebstahl, so stehen beide Delikte nicht im Verhältnis der Spezialität zueinander, obwohl sämtliche Tatbestandsmerkmale des einfachen Diebstahls in dem späteren schweren Diebstahl enthalten sind.

151) Für andere: Honig, S. 28, Lent, S. 16

Daraus wird deutlich, daß Spezialität nur angenommen werden kann, wenn eine gemeinsame Beziehung zwischen den beiden Delikten besteht; diese gemeinsame Beziehung kann aber nur darin gefunden werden, daß der Täter beide Tatbestände durch eine Handlung verwirklicht. Spezialität kommt somit bei strafloser Vortat, die ein Fall der Handlungsmehrheit und damit der Realkonkurrenz ist, nicht in Betracht.

Der Begriff der Konsumtion, wie er dieser Arbeit zugrunde gelegt wird, bezieht sich auf Fälle, in denen der verwirklichte leichtere Tatbestand zwar in einem schwereren nicht notwendig enthalten ist, wohl aber mit ihm regelmäßiger- oder typischerweise zusammentrifft. Die straflose Vortat, die nur in der Form der Handlungsmehrheit möglich ist, kann nicht von dem Begriff der Konsumtion erfaßt werden, da bei der Realkonkurrenz wegen der Vielzahl des möglichen Zusammentreffens von strafbaren Handlungen eine Typisierung, wie sie für die Konsumtion bezeichnend ist, nicht vorgenommen werden kann.

Bei Spezialität und Konsumtion ist das Verhältnis der beiden in Betracht kommenden Straftatbestände logisch faßbar, da beide Auslegungsregeln die Teilidentität der Tatbestände zur Voraussetzung haben. Lediglich die an diese objektiv feststellbare Teilidentität geknüpften Rechtsfolge, nämlich der Ausschluß des einen Gesetzes, ist nur teleologisch zu erklären.

Bei der Subsidiarität ist dagegen eine solche Teilidentität der Tatbestände nicht vorhanden, sondern der Grund für das Zurücktreten der einen Straftat kann nur in einer wertenden und abwägenden Betrachtungsweise gesehen werden. Voraussetzung der Subsidiarität ist, daß dasselbe Rechtsgut durch zwei Strafgesetze in verschiedenen Angriffsstadien geschützt ist, wie z.B. in den Fällen, in denen die Vorbereitungshandlung bereits unter Strafe gestellt ist, und in denen der Täter später das Delikt vollendet. Hier ist die Verletzung des geschützten Rechtsguts einmal durch

einen geringeren und zum anderen auf Grund eines schwereren Angriffs erfolgt. Der schwächere Angriff ist dann dem stärkeren subsidiär, weil durch die Bestrafung für den stärkeren Angriff der Unrechts-, Schuld- und Gefährlichkeitsgehalt des einheitlichen Geschehens bereits erschöpft wird. Es ist ersichtlich, daß dieser Gedanke der Subsidiarität gerade bei der straflosen Vortat besondere Bedeutung haben muß, denn die Straflosigkeit der vorangegangenen Tat läßt sich begrifflich nur damit erklären, daß die Vortat gegenüber der Haupttat der geringere Angriff auf das geschützte Rechtsgut ist.

Daraus ergibt sich eine innere Beziehung zwischen Vor- und Haupttat: Der geringere Angriff auf dasselbe Rechtsgut im Sinne einer "Vortat" kann naturgemäß nur den Charakter einer Vorbereitungstat oder eines Durchgangsdeliktes haben, denn es muß eine deutlich erkennbare, sich steigernde Linie in der verbrecherischen Handlung feststellbar sein. Der geringere Angriff muß sich in dem stärkeren fortsetzen. Die Verwendung des Begriffes der straflosen Vortat ist deshalb nur dort sinnvoll, wo die Vortat zur Haupttat im Verhältnis einer Vorbereitungstat (im weitesten Sinne) oder des notwendigen Durchgangsdeliktes steht.

Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Bezeichnung "Vorbereitungstat" an sich etwas Subjektives enthält: nämlich daß der Täter die eigentliche Haupttat von vornherein vorbereiten wollte. In den Fällen, in denen nach dem Tatplan die zeitlich voranliegende Handlung von vornherein die Haupttat vorbereiten sollte, so daß diese nur Teilakt der eigentlichen Tat sein kann, ist aber, wie erörtert ¹⁵²⁾, die Verwendung des Begriffes "straflose Vortat" nicht sinnvoll, da dann auf Grund der juristischen Betrachtungsweise nur eine Handlung anzunehmen ist. Hätte also der Täter in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude ¹⁵³⁾, der diesen

152) S. 44

153) BGH 4/219

Untersuchungen als Beispiel diene, von seinem Vorsatz, den Einbruch zu vollenden, nie Abstand genommen, sondern nur das Vorbeifahren der Polizei abgewartet, so könnte in dem vorangegangenen Versuch nur der unselbständige Teilabschnitt der Vollendungstat gesehen werden, so daß je nach Sachlage nur eine Handlung oder eine Handlungseinheit vorliegen würde.

Bei dem Sachverhalt, wie er der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde lag, ist jedoch eine andere Betrachtungsweise geboten. Hier liegt nur objektiv in dem Versuch eine Vorbereitungstat. Von der subjektiven Seite stellt sich der Versuch nicht mehr als Vorbereitung der späteren Tat dar. Verfolgt man die subjektive Vorstellung des Täters, so war für ihn die erste Tat nach dem Fehlschlag des Versuchs abgeschlossen. Die spätere Vollendungstat beging er auf Grund eines neuen Entschlusses, der nur äußerlich auf der durch die inzwischen abgeschlossene Versuchsstraftat geschaffenen Situation aufbaute; der Täter hat lediglich die abgeschlossene und beendete Vortat für sich ausgenutzt. Nur objektiv - für einen Dritten - hat die erste Tat die andere vorbereitet, subjektiv liegen zwei voneinander unabhängige Handlungen vor. Die beiden selbständigen Angriffe gegen das geschützte Rechtsgut haben nur eine objektiv faßbare Beziehung zueinander: Sie stellen in ihrer Wirkung einen jeweils unterschiedlich wertbaren Angriff auf dasselbe Rechtsgut dar, wobei der zweite Angriff der umfassendere ist, während der andere Angriff seiner Natur nach den späteren ermöglicht oder vorbereitet hat. Vor- und Haupttat bilden hier aber (ähnlich wie Haupt- und straflose Nachtat) eine Bewertungseinheit in der Weise, daß der Eingriff in die fremde Rechtssphäre durch die vorbereitende Tat gegenüber der stärkeren Verletzung des Rechtsguts durch die Haupttat zurücktritt, so daß die Rechtsgutsverletzung durch die Haupttat eine exklusive Wirkung hat. 154)

154) BGH in MDR 55/269

Die Vortat, die dem Charakter nach Vorbereitungstat oder Durchgangsdelikt ist, hat den späteren Angriff auf das geschützte Rechtsgut ermöglicht und hervorgerufen. Der spätere Angriff auf das Rechtsgut umfaßt in Wirkung und Ausmaß völlig den schwächeren Angriff, so daß die vorangegangene Tat für die strafrechtliche Betrachtung subsidiär bleibt. Hier ergibt sich eine echte Parallele zur straflosen Nachtat. Auch wenn die Nachtat auf einem völlig neuen Entschluß beruht, bleibt sie straflos, so z.B. in dem Fall, daß der Dieb den entwendeten Gegenstand zunächst aufheben will, ihn aber später auf Grund eines neuen Entschlusses zerstört. Der Gedanke des Rechtsgüterschutzes erfaßt die beiden selbständigen Handlungen als eine Bewertungseinheit, so daß nur der Hauptangriff auf das geschützte Rechtsgut zur Bestrafung führt, während der andere Angriff gegen das Rechtsgut subsidiär bleibt.

Daraus ergibt sich auch, daß meist nur dann eine derartige Vortat straflos bleiben kann, wenn zwischen den beiden selbständigen Handlungen ein enger zeitlicher, örtlicher oder zumindest sachlicher Zusammenhang besteht. Hat der Täter zunächst seine Ehefrau umbringen wollen und nach dem Scheitern seines Vorhabens ernstlich von seinem Plan Abstand genommen, so kann dieser Versuch nicht straflos bleiben, wenn der Täter nach einem Jahr unter völlig veränderten Umständen auf Grund eines neuen Entschlusses seine Frau tatsächlich umbringt. Hier hat der Versuch nicht mehr den Charakter eines Vorbereitungs- oder Durchgangsdelikts, und er bildet mit der nachfolgenden vollendeten Tat auch nicht, wie es der Bundesgerichtshof verlangt,¹⁵⁵⁾ eine Bewertungseinheit. Der Versuch hat dann zu dem vollendeten Delikt die für die Fälle der Realkonkurrenz häufige Beziehung, daß derselbe gesetzliche Tatbestand von demselben Täter zweimal verletzt wird. Ein Zusammenhang zwischen den beiden selbständigen Straftaten, der die eine Tat als Vorbereitung der anderen erscheinen ließe, so daß eine Bewertungseinheit angenommen werden könnte, liegt nicht vor.

Bei dem Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude ist ein solcher Zusammenhang jedoch deutlich erkennbar. Es liegen zwei selbständige Handlungen vor, die wegen des fehlenden Gesamtvorsatzes nicht zu einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden können. Objektiv gesehen stellt sich aber der Versuch wegen des engen zeitlichen, örtlichen und sachlichen Zusammenhangs und wegen des äußerlich gleichbleibenden Ziels als Vorbereitungs- und Durchgangsdelikt zu der Vollendungstat dar. Es ist zwar ein Fall der Realkonkurrenz gegeben, jedoch bleibt der schwächere Angriff gegen das geschützte Rechtsgut aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus straflos, da beide Handlungen eine objektive Bewertungseinheit bilden. Die straflose Vortat stellt sich somit stets als ein Anwendungsfall der Subsidiarität dar.

In Ausnahmefällen kann Subsidiarität auch bei Idealkonkurrenz möglich sein, und zwar bei den Tatbeständen, die eine gesetzliche Subsidiaritätsklausel enthalten, wie z.B. die §§ 265a und 170d StGB. Im wesentlichen trifft der Gedanke der Subsidiarität aber auf die Fälle der Realkonkurrenz zu.

Daraus ergibt sich, daß die Anwendung der Auslegungsregeln der Spezialität und Konsumtion nur bei Idealkonkurrenz sinnvoll ist, während Subsidiarität sowohl bei Ideal- als auch bei Realkonkurrenz angenommen werden kann.

Als Ergebnis läßt sich deshalb feststellen, daß es sich bei Spezialität und Konsumtion um Auslegungsregeln handelt, die auf die Fälle der Idealkonkurrenz Anwendung finden, da sie das Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit zur Voraussetzung haben. Die Subsidiarität ist dagegen sowohl bei Idealkonkurrenz als auch bei Realkonkurrenz möglich. Treffen die Auslegungsregeln der Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität auf die Fälle der Idealkonkurrenz zu, so ergibt sich die Gesetzeskonkurrenz; erweist sich die Anwendung der Subsidiarität bei Realkonkurrenz als richtig, ergibt sich ein Fall strafloser Vor- oder Nachtat. Es ist ohne Belang, ob im Besonderen Teil des

Strafgesetzbuchs eine ausdrückliche Vorschrift für die Anwendung des Subsidiaritätsgedankens besteht, wie z.B. bei den §§ 265a, 170d StGB; auch dann, wenn eine solche Vorschrift nicht besteht, ist bei Handlungsmehrheit zu prüfen, ob Subsidiarität vorliegt.

Hieraus ergibt sich, daß daran festzuhalten ist, daß es sich bei den Fällen strafloser Vor- und Nachtat um Handlungsmehrheit und damit um eine Realkonkurrenz handelt, und daß der Grund für die Straflosigkeit der Vortat darin zu sehen ist, daß durch die Anwendung der bisher üblicherweise als Auslegungsregel der Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Gedankens der Subsidiarität eine Bestrafung wegen der Vortat (oder Nachtat) ausgeschlossen ist. Die Einordnung der straflosen Vortat in die Konkurrenzlehre kann nur dann befriedigend vorgenommen werden, wenn man erkennt; daß Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität nicht logische Gesetze im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz sind, sondern allgemeine Auslegungsregeln, die aus teleologischen Gründen unter bestimmten Voraussetzungen angewandt werden können, wenn ein Täter zwei Tatbestände verwirklicht hat. Nur dadurch wird deutlich, daß durch die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" nichts anderes beschrieben wird als der Vorgang, daß die Auslegungsregeln der Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität auf einen Fall der Idealkonkurrenz angewandt werden. Bei den straflosen Vor- und Nachtaten handelt es sich dagegen um einen Anwendungsfall der Subsidiarität bei Realkonkurrenz. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die Anwendung der Auslegungsregeln dazu führt, daß ein gesetzlicher Tatbestand für die strafrechtliche Bewertung ausscheidet, obwohl er vom Täter verwirklicht worden ist. Es ist deshalb gerechtfertigt, hier nur von einer scheinbaren Konkurrenz zu sprechen. Behält man die Begriffe "Gesetzeskonkurrenz" und "Straflose Vor- und Nachtat" bei, erscheint es deshalb richtig, die Gesetzeskonkurrenz, wie es meist auch getan wird, als "scheinbare Idealkonkurrenz" und die "straflosen Vor- und Nachtaten" als "scheinbare Realkonkurrenz" zu erfassen.

Zu diesem Ergebnis, die straflosen Vor- und Nachtaten als Fall der scheinbaren Realkonkurrenz aufzufassen, kommen auch Maurach ¹⁵⁶⁾, Honig ¹⁵⁷⁾ und Baumann ¹⁵⁸⁾. Baumann verzichtet in seinem Lehrbuch bewußt auf eine dogmatische eigene Begründung ¹⁵⁹⁾. Die Ansicht von Maurach, der den Grund für die Straflosigkeit der Vor- (und Nachtat) in einem persönlichen Strafausschließungsgrund sieht, ist abzulehnen. ¹⁶⁰⁾ Die Ausführungen von Honig bedürfen jedoch der dogmatischen Ergänzung und Vertiefung. Die Formulierung von Honig ¹⁶¹⁾, daß die Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz, nämlich Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität, nicht Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz seien, sondern daß umgekehrt die Gesetzeskonkurrenz nur als ein Unterfall jener Grundsätze angesehen werden müsse, ist ungenau und mißverständlich. Wesentlich erscheint es herauszustellen, daß jene Grundsätze gerade nicht logische Gesetze sind, so daß die Gesetzeskonkurrenz lediglich ein Anwendungsfall jener Begriffe sein könnte. Vielmehr handelt es sich hierbei nur um aus teleologischen Gründen gefundene Auslegungsregeln, die immer dann Anwendung finden können, wenn durch einen Täter mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt werden, und zwar im Fall der Subsidiarität unabhängig davon, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen.

Die Gesetzeskonkurrenz kann deshalb nicht als Anwendungsfall jener Regeln aufgefaßt werden, sondern es erscheint folgende Formulierung richtig:

Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität sind aus teleologischen Gründen gefundene Auslegungsregeln. Während die Annahme von Spezialität und Konsumtion nur bei Idealkonkurrenz möglich ist, kann Subsidiarität auch bei Realkonkurrenz angenommen werden. Sind die Voraussetzungen der Auslegungsregeln bei Idealkonkurrenz vorhanden, ergibt sich die Gesetzeskonkurrenz; treffen die Grundsätze

¹⁵⁶⁾ Maurach, S. 656

¹⁵⁷⁾ Honig, S. 12

¹⁵⁸⁾ Baumann, S. 523

¹⁵⁹⁾ Baumann, S. 584

¹⁶⁰⁾ S. 64 ff

¹⁶¹⁾ Honig, S. 12

der Subsidiarität bei Realkonkurrenz zu, liegt ein Fall strafloser Vor- oder Nachtat vor. Gesetzeskonkurrenz ist also nicht ein Anwendungsfall der Konsumtion, Spezialität oder Subsidiarität, sondern ein Fall der Idealkonkurrenz, wobei die Konkurrenz der möglicherweise anwendbaren gesetzlichen Tatbestände nur scheinbar ist. Der gleiche Vorgang kann sich im Fall der Subsidiarität auch bei der Realkonkurrenz abspielen und führt hier zu den Fällen strafloser Vor- und Nachtat. Die straflosen Vor- und Nachtaten sind somit ein echtes Pendant zur Gesetzeskonkurrenz.

Daraus ergeben sich auch die gleichen Bedenken gegen die Bezeichnung "straflose Vor- und Nachtat" wie gegen die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz".¹⁶²⁾ Wie bereits hinsichtlich der Gesetzeskonkurrenz erörtert, ist die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" nicht befriedigend, da es richtiger wäre, hier von scheinbarer Idealkonkurrenz zu sprechen, wie es auch vielfach geschieht, oder direkt auf den Rechtsgrund für die Nichtanwendung eines gesetzlichen Tatbestandes zurückzugreifen: nämlich Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität.¹⁶³⁾ Ähnlich wie bei der Gesetzeskonkurrenz hat sich zumindest der Begriff "straflose Nachtat" in der Praxis völlig durchgesetzt, und es erscheint deshalb nicht zweckmäßig, eine terminologische Änderung vorzunehmen. Richtig verstanden kann sowohl die Bezeichnung "Gesetzeskonkurrenz" als auch die Bezeichnung "straflose Vor- und Nachtat" ohne Gefahr für die Lösung der Rechtsprobleme beibehalten werden.

Erfüllt der Täter mehrere Tatbestände, ist somit zunächst zu prüfen, ob eine Handlung oder Handlungseinheit auf der einen Seite oder Handlungsmehrheit auf der anderen Seite vorliegt. Erst anschließend läßt sich klären, ob eine scheinbare Konkurrenz gegeben ist. Dies läßt sich wiederum nur ermitteln, wenn die Auslegungsregeln der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität herangezogen werden. Nur wenn

¹⁶²⁾ LK, Anhang der Vorb. zu § 73

¹⁶³⁾ Kohlrausch-Lange, § 73, Anm. III, Sauer, S. 229
LK, Anhang der Vorb. zu § 73

die Voraussetzungen dieser Auslegungsregeln nicht vorliegen, können im Strafausspruch die mehreren verletzten Strafrechtsnormen zum Ausdruck kommen. Ist dagegen im Einzelfall Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität anzunehmen, findet das ausgeschlossene Gesetz keinen Ausdruck im Strafausspruch.

Die Ansicht von Geerds ¹⁶⁴⁾, wonach zunächst zu prüfen sei, ob Gesetzeskonkurrenz vorliege, und erst später geprüft werden solle, ob § 73 StGB oder § 74 StGB Anwendung finde, ist abzulehnen. Das Ausgehen von dem Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit entspricht der Struktur des geltenden Rechts. Zudem spricht auch ein praktisches Bedürfnis dafür, zunächst die Frage zu prüfen, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, denn die Abgrenzung der echten von der scheinbaren Konkurrenz ist oft recht schwierig, während der Praxis die Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer oder mehrerer Handlungen im allgemeinen keine großen Schwierigkeiten bereitet.

C. Zusammenfassung und Definition des Begriffs der straflosen Vortat.

Das Ziel der Arbeit war, den Begriff der straflosen Vortat, der auf dem Gedanken der Subsidiarität beruht, möglichst einzuengen, da gerade die Subsidiarität in ihrer Abgrenzung schwer faßbar ist und es in der Praxis vermieden werden muß, derartige, von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Begriffe weiter auszudehnen. Eine Analyse des Begriffs der straflosen Vortat hat ergeben, daß hier eine derartige Einengung der Erscheinungsform der straflosen Vortat ohne weiteres möglich ist, wenn man es vermeidet, unter dieser Bezeichnung Fälle zusammenzufassen, die im Rahmen der bestehenden Dogmatik bereits von anderen Begriffsbildungen erfaßt werden. Deutet man den strafrechtlichen Handlungsbegriff und den Begriff der natürlichen

164) Geerds, S. 154, 146

und juristischen Handlungseinheit richtig, wird deutlich, daß viele Fälle, die bisher als straflose Vortat angesehen worden sind, in Wirklichkeit als eine Handlungseinheit oder als eine Handlung im juristischen Sinn erfaßt werden müssen. Insbesondere ist es nicht richtig, in den Fällen, in denen die Vortat als Vorbereitung der späteren Vollendungstat vom Täter von vornherein bei gleichbleibendem Vorsatz eingeplant war, von strafloser Vortat zu sprechen, da dann die Vorbereitungstat nichts anderes ist als die Verwirklichung eines Teilabschnitts der eigentlichen Tat. In diesen Fällen liegt entweder nur eine Handlung oder natürliche Handlungseinheit vor.

Somit kann die Bezeichnung "straflose Vortat" nur auf die Fälle Anwendung finden, in denen sich die Vortat nur objektiv als Vorbereitungstat darstellt, in denen aber subjektiv eine Verbindung zwischen den beiden Teilakten, welche die Annahme einer Handlung oder Handlungseinheit zuließe, fehlt. Es sind dies also die Fälle, in denen nach fehlgeschlagenem Versuch die alte Tat auf Grund neuen Entschlusses in engem Zusammenhang wieder aufgegriffen wird oder in denen erst nach Vollendung der ersten Tat sich die andere aus dieser entwickelt, wobei Voraussetzung ist, daß es sich um zwei verschiedenartige Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut handelt. Damit beschränken sich die Möglichkeiten der straflosen Vortat auf Grenzfälle. Dieses Ergebnis ist insbesondere für die Praxis erwünscht.

Andererseits sollten aber die Fälle, in denen das Vorliegen einer straflosen Vortat festgestellt wird, auch dogmatisch ausgewiesen werden. Versucht man, wie es insbesondere in der Rechtsprechung geschieht, die Fälle strafloser Vortat als Handlungseinheit zu erfassen, so führt dies zu einer unzulässigen und im Ergebnis auch gefährlichen Ausdehnung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, die im Gegensatz zu der in den §§ 73, 74 StGB gesetzlich normierten Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer oder mehrerer Handlungen steht. Verzichtet man ganz auf die Annahme von Subsidiarität bei Handlungsmehrheit, so wird man

dem Unrechtsgehalt des verbrecherischen Geschehens nicht gerecht. Nicht das Aufeinandertürmen zahlreicher Straftatbestände ist der Zweck des Schuldspruchs, sondern das Herausstellen des gerade dem abzuurteilenden Sachverhalt entsprechenden Tatbestandes. Der Begriff der straflosen Vortat ist somit einmal einschränkend zu interpretieren, andererseits kann aber - letztlich auch aus rechtspolitischen Gründen - nicht darauf verzichtet werden, auch bei Handlungsmehrheit (Realkonkurrenz) aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus Vorbereitungstaten zurücktreten zu lassen, falls es zur Begehung der Haupttat kommt.

Der Begriff der straflosen Vortat kann nur dann in die bestehende Konkurrenzlehre eingeordnet werden, wenn man erkennt, daß Konsumtion, Spezialität und Subsidiarität nicht logische Gesetze sind, sondern schlechthin aus teleologischen Gründen gefundene Auslegungsregeln, die immer dann Anwendung finden können, wenn im Einzelfall mehrere gesetzliche Tatbestände zur Anwendung kommen.

Es gibt nach geltendem Recht nur zwei Konkurrenzformen, nämlich Ideal- und Realkonkurrenz. Für die Fälle der Idealkonkurrenz sind die Auslegungsregeln der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität vorgesehen, während bei Realkonkurrenz nur Subsidiarität möglich ist. Wird auf Grund der Auslegungsregeln bei Idealkonkurrenz die Anwendbarkeit eines Gesetzes ausgeschlossen, so ergibt sich als Fall der scheinbaren Idealkonkurrenz die Gesetzeskonkurrenz, liegen die Voraussetzungen der Subsidiarität bei Realkonkurrenz vor, so ergibt sich ein Fall der scheinbaren Realkonkurrenz in Form strafloser Vor- oder Nachtat. Die straflose Vortat ist somit ein Anwendungsfall der Subsidiarität bei Realkonkurrenz.

II. T E I L :
=====

DARSTELLUNG DER FÜR DIE PRAXIS BEDEUTSAMEN FÄLLE DER
STRAFLOSEN VORTAT.

Im Rahmen dieser Untersuchung können nicht erschöpfend alle Möglichkeiten des Vorliegens einer straflosen Vortat aufgezeigt werden, da eine vollständige Darstellung aller denkbaren Einzelfragen jeweils nur an Hand der in der Praxis auftretenden Fälle erörtert werden kann. Es sollen deshalb die für die Praxis bedeutsamen Fälle der straflosen Vortat behandelt werden, um an ihnen das Typische und All-gemeingültige für alle Fälle strafloser Vortat hervor-treten zu lassen.

1.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von versuch-tem und vollendetem Delikt.

Besonders charakteristisch für das Problem der straflo-sen Vortat ist das Verhältnis von versuchtem zum vollende-ten Delikt, da sich der Versuch naturgemäß immer als "Vor-bereitungstat" (im weitesten Sinne) darstellt. Aus diesem Grund ist auch der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude ¹⁶⁵⁾ in dieser Unter-suchung als Beispiel vorangestellt worden, um den Begriff der straflosen Vortat zu erläutern.

Wie bereits erörtert, ist es nicht richtig, wenn die Ansicht vertreten wird, daß die versuchte Tat grundsätzlich straflose Vortat gegenüber dem entsprechenden vollendetem Delikt sei. Vielmehr kann nur eine differenzierte Betrach-tungsweise zu einem richtigen Ergebnis führen. So sind fol-gende Fälle des Übergangs vom Versuch zur Vollendung denk-bar:

165) BGH 4/219

1. A. hebt die Pistole und erschießt den B. Der Versuch geht unmittelbar in die Vollendung über.
2. A. will den B. vergiften. Er trifft hierzu Vorbereitungen, die sich strafrechtlich als Versuch qualifizieren, indem er z.B. dem Opfer anstelle einer Flasche Arznei Gift besorgt. Die Vollendung der Tat tritt erst nach längerer Zeit ein, nachdem der Täter seinem Opfer das Gift bei passender Gelegenheit verabreicht hat.
3. A. will den B. erschießen, die Schußwaffe versagt jedoch. Bei gleichbleibendem Vorsatz greift A. zu einem Messer und führt sein Vorhaben auf diese Weise aus (BGH 10/128).
4. A. will B. töten. Nachdem er dem B. aufgelauert hat, wird er jedoch von einem zufällig vorbeikommenden Dritten gestört. Er beschließt, von seinem Vorhaben Abstand zu nehmen. Als er jedoch sieht, daß der Dritte ihn gar nicht bemerkt hat, führt er auf Grund neuen Vorsatzes die Tat doch aus. (BGH 4/219).

Während in den ersten drei Fällen ein gleichbleibender Vorsatz festzustellen ist, beruht der vierte Fall auf zwei selbständigen Vorsatzbildungen, nämlich einmal auf dem Vorsatz zur Versuchstat und zum anderen auf dem Vorsatz, die ursprünglich begonnene Tat zu vollenden.

Im ersten Fall geht der Versuch ohne Unterbrechung in die Vollendung über. In diesem Fall wäre es mit dem Handlungsbegriff unvereinbar, wollte man diesen fließenden, von einem einheitlichen Handlungswillen gesteuerten und eine progressive Willensverwirklichung darstellenden Prozeß durch willkürliche Zäsuren in Stadien aufteilen und die der Vollendung vorangehenden Verwirklichungsstufen als an sich selbständige Handlungen betrachten. Es liegt somit von vornherein nur eine Handlung im juristischen Sinne vor. Ein Konkurrenzproblem tritt dann überhaupt nicht auf.

In dem zweiten Beispiel wird der Versuch erst nach einiger Zeit weitergeführt. Für die juristische Betrachtungs-

weise erscheinen die beiden Teilakte des Verbrechens als eine Tatbestandsverwirklichung und somit als eine Handlung im juristischen Sinn.¹⁶⁶⁾ Der gesetzliche Tatbestand verbindet die beiden Teilakte zu einer Handlung. Geerds¹⁶⁷⁾ behandelt diesen Fall deshalb auch unter der Bezeichnung "Verbrechenseinheit". Zutreffender ist es aber, darauf abzustellen, daß im juristischen Sinne nur eine Handlung vorliegt.¹⁶⁸⁾ Also auch dann, wenn kein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht, können Versuch und Vollendung als Teilakte nur einer Handlung angesehen werden, wenn ein fortdauernder und gleichbleibender Vorsatz vorliegt.

Im dritten Fall ist der Versuch deutlich herausgehoben. Der Täter hat die Tat zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Versuch vollendet, jedoch die Tat nach dem Fehlschlag des Versuchs mit einem anderen Mittel weitergeführt. Ein unmittelbarer Übergang vom Versuch in die Vollendung ist hier nicht gegeben. Es liegen somit an sich zwei selbständige Handlungen vor. Beide Handlungen werden jedoch zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammengefaßt, die immer dann anzunehmen ist, wenn mehrere Handlungen gegeben sind, die, ohne einen einheitlichen Tatbestand zu bilden, doch sehr eng miteinander verbunden bleiben, einerseits durch zeitlichen und räumlichen Zusammenhang, andererseits durch einheitlichen Entschluß und einheitliche Zielsetzung des Täters. Wendet man diese Grundsätze auf das Beispiel Nr. 3 an, so ist der Ansicht des Bundesgerichtshofs zuzustimmen¹⁶⁹⁾, der hier natürliche Handlungseinheit annimmt. Es liegen zwei Handlungen vor, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten und in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen und von einem einheitlichen Entschluß getragen werden. Es ist deshalb richtig, hier von natürlicher Handlungseinheit zu

166) Schönke-Schröder, Vorb. I, 9-17 zu § 73

167) Geerds, S. 289

168) vgl. die Ausführungen auf S. 29 ff

169) BGH 10/128

sprechen. Da es auf die Gesamtwürdigung der Vorgänge ankommt, der eine wertende Betrachtungsweise zugrunde liegt, stört auch ein Wechsel der Ausführungsart nicht notwendig den Zusammenhang.¹⁷⁰⁾ Es genügt objektiv, wenn die einzelnen Willensbetätigungen zeitlich in unmittelbarem Zusammenhang stehen und ohne scharfe Trennung ineinander übergehen, sofern sie der Sache nach zusammengehören.

Diesen ersten drei Beispielen ist eines gemeinsam: Der einheitlich gebliebene Vorsatz, der den Versuch auch subjektiv, von der Vorstellung des Täters her gesehen, als Vorbereitungstat erscheinen läßt, bewirkt die Einheit der tatbestandsmäßigen Handlung.

In dem vierten Beispiel liegen ganz andere Voraussetzungen vor. Hier ist der erste Entschluß völlig abgebrochen worden. Die zweite Handlung ist subjektiv, von der Vorstellung des Täters aus gesehen, nicht die bloße Fortführung der ersten Handlung, sondern der Täter hat eine völlig neue Tat verübt, die ihrerseits wieder das Stadium des Versuchs durchläuft. Nur objektiv besteht zwischen beiden Handlungen ein Zusammenhang, indem die zweite Handlung auf den durch die erste geschaffenen Voraussetzungen aufbaut. In diesem Fall kann weder das Vorliegen nur einer Handlung noch eine Handlungseinheit angenommen werden. Hier allein ergibt sich, wie bereits erörtert ¹⁷¹⁾, die Problematik der straflosen Vortat. Es liegt Handlungsmehrheit vor, also die Voraussetzung der Realkonkurrenz. Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Grundsätze der Subsidiarität Anwendung finden können.

Aus § 43 StGB ergibt sich hierfür kein Anhaltspunkt. Die Ansicht von Becker ¹⁷²⁾, daß aus § 43 StGB entnommen werden müsse, daß jeder Versuch subsidiär sei, wenn die Tat später vollendet werde, ist in dieser Form abzulehnen. Becker verkennt, daß sich schon aus dem Gesetzeswortlaut

170) BGH 1/168; 10/129; Geerds, S. 286

171) vgl. die Ausführungen auf S. 29

172) Becker, S. 65

etwas anderes ergibt. In § 43 StGB heißt es nämlich: "Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche den Anfang der Ausübung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Vollendung gelangt, wegen Versuchs zu bestrafen." Die Worte "Versuch" und "beabsichtigtes Verbrechen" sollen nach dem Gesetzeswortlaut im Zusammenhang stehen, und es kann nur gemeint sein, daß das von vornherein geplante Verbrechen nicht zur Ausführung gelangt ist. In dem gegebenen vierten Beispiel beruht aber die vollendete Tat auf einem neuen Entschluß, es handelt sich nicht mehr um das ursprünglich geplante Verbrechen, sondern um eine neue selbständige Tat. Die Subsidiarität des Versuchs kann somit in diesem Fall nicht aus § 43 StGB entnommen werden.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob hier der allgemeine Grundsatz des Subsidiarität zur Anwendung kommen kann. Subsidiarität läßt sich, wie erörtert, nur durch eine wertende Betrachtungsweise erkennen. Es ist zu fragen, ob der Unrechtsgehalt der schwächeren Angriffshandlung (Versuch) durch denjenigen der stärkeren Angriffshandlung (Vollendungstat) so erfaßt wird, daß der vorangegangene schwächere Angriff im Strafausspruch zurücktreten muß, wenn eine doppelte Bestrafung vermieden werden soll. Diese Frage ist zu bejahen. Der Versuch stellt hier eine selbständige strafbare Handlung dar und steht somit nicht in einer Einheit mit dem späteren vollendeten Delikt. Dennoch wird der Unrechtsgehalt der Versuchstat durch denjenigen des vollendeten Delikts voll umfaßt. Aus dem Gedanken der Subsidiarität ergibt sich, daß es nicht richtig ist, neben der Bestrafung wegen der vollendeten Tat noch eine besondere Bestrafung wegen der geringeren Angriffsform auf dasselbe Rechtsgut vorzunehmen. Der Unrechtsgehalt der beiden Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut wird durch die Bestrafung wegen des vollendeten Delikts voll ausgeschöpft. Der Versuch hat objektiv die Vollendungs-

tat vorbereitet und diese hat sich andererseits aus dem Versuch entwickelt und auf diesem aufgebaut. In einem solchen Fall bedarf es nicht einer doppelten Bestrafung, um dem Unrechtsgehalt des verbrecherischen Geschehens gerecht zu werden. Die Handlungen bilden vielmehr eine Bewertungseinheit.¹⁷³⁾

Wie bereits früher erörtert, gilt dies nicht, wenn der Versuch der Tat keinerlei innere und äußere Beziehung zu der Vollendungstat hat, wenn also die zweite Tat nicht auf der vorangegangenen aufbaut, wie in dem beschriebenen Fall, daß der Ehemann sich nach fehlgeschlagenem Mordversuch mit seiner Frau ausgesöhnt hat, längere Zeit später aber auf Grund neuer Vorkommnisse einen vollendeten Mord an ihr begeht. Hat der Täter den Entschluß zur Vollendung der Tat völlig aufgegeben, und faßt er nach längerer Zeit einen neuen Tatvorsatz - aus vielleicht völlig anderen Motiven - so kann auch objektiv in dem vorangegangenen Versuch nicht eine Tat gesehen werden, welche die Begehung des späteren vollendeten Delikts vorbereitet oder ermöglicht hat, so daß Subsidiarität nicht in Betracht kommt.¹⁷⁴⁾ Baut dagegen die zweite Tat auf der ersten auf, so daß die Vortat den Charakter einer Vorbereitung der späteren Haupttat gewinnt, ist die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität richtig. Es liegt ein Fall der straflosen Vortat vor.

Hieraus ergibt sich auch eine Lösung für das umstrittene Problem, wie die Vortat zu behandeln ist, wenn der Versuch ein qualifiziertes Delikt ist. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: A. versucht eine Kassette aufzubrechen, was ihm mißlingt (§ 243/43 StGB). Nachdem er seinen Vorsatz bereits aufgegeben hatte, entdeckt er beim Verlassen der Wohnung zufällig ein Schlüsselbrett. Er findet den richtigen Schlüssel, und es gelingt ihm, die Kassette zu öffnen. Zunächst ergibt sich die gleiche Problemstellung wie in

173) So BGH in MDR 55/269

174) vgl. die Ausführungen auf S. 76

dem vierten Beispiel. Dennoch kann nicht angenommen werden, daß der schwere versuchte Diebstahl dem späteren vollendeten einfachen gegenüber subsidiär sei. Der Gedanke der Subsidiarität einer Straftat kann nur dann Platz greifen, wenn der durch diese Straftat verübte Angriff gegen das Rechtsgut in seinem Unrechtsgehalt schwächer ist als derjenige des zweiten Angriffs. In diesem Fall wird der Unrechtsgehalt der Vortat einfach nicht von der Haupttat erfaßt, so daß die Vortat ein selbständig wertbarer Angriff bleibt.

Zusammenfassend läßt sich über das Verhältnis vom Versuch zur Vollendung sagen, daß immer dann, wenn Versuch und Vollendung in den Grenzen einer Handlung oder Handlungseinheit begangen worden sind, eine straflose Vortat nicht vorliegt, sondern daß der Versuch dann nur ein unselbständiger Teilabschnitt der einheitlichen verbrecherischen Handlung ist. Kann jedoch weder eine Handlung noch eine Handlungseinheit angenommen werden, wie z.B. beim fehlgeschlagenen Versuch eines Verbrechens, welches später auf Grund eines neuen Entschlusses fortgesetzt wird, ergibt sich ein Fall strafloser Vortat, wenn sich die Versuchstat objektiv als Vorbereitung der späteren Vollendungsstat erweist, so daß das aus zwei selbständigen Handlungen bestehende Gesamtgeschehen strafrechtlich eine Bewertungseinheit bildet.

Die gleiche Problematik ergibt sich in den seltenen Fällen, in denen bereits die Vorbereitungshandlung unter Strafe gestellt ist. Es handelt sich hierbei um die Vorbereitung zum Hochverrat gemäß § 81 StGB, die Vorbereitung zum Münzvergehen gemäß § 151 StGB, die Aufforderung zum Zweikampf gemäß § 201 StGB und um die Vorbereitung zum Mord gemäß § 49a StGB ¹⁷⁵⁾.

175) Dieser letzte Fall ist bestritten, a.A. Maurach, AT, S. 600

Hier spielt sich der gleiche Vorgang ab wie bei dem Verhältnis vom Versuch zur Vollendung. Hat der Täter von vornherein die Absicht gehabt, die Haupttat auszuführen und ist ein gleichbleibender Handlungswille festzustellen, so kommt eine Bestrafung wegen der Vorbereitungshandlung, die nur Teilakt der eigentlichen strafbaren Handlung ist, nicht in Betracht. Auch wenn zwischen der Vorbereitungstat und der Vollendung der Haupttat ein längerer zeitlicher Abstand besteht, liegt für die strafrechtliche Betrachtungsweise nur eine Handlung vor. Be ruht dagegen die Begehung der Haupttat, nachdem die Vorbereitungstat fehlgeschlagen ist, auf einem neuen Entschluß, ist die an sich selbständige Vorbereitungstat subsidiär, wenn sich die Haupttat in einem engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang aus dieser entwickelt hat.

2.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen mehrerer Teilnahmeformen in der Person eines Täters.

Sehr häufig sind in der Praxis die Fälle, in denen der Täter den Erfolg des Verbrechens dadurch herbeiführt, daß er gleichzeitig als Anstifter, Gehilfe oder Mittäter auftritt. So ist der Fall denkbar, daß der Täter zunächst einen anderen dazu anstiftet, einen Mord zu begehen, später sich aber an der Ausführung der Tat beteiligt oder sogar Mittäter der Haupttat wird. Weiterhin ist auch der Fall denkbar, daß der Täter zunächst nur als Gehilfe tätig war, daß er aber auf Grund eines neuen Entschlusses später die Tat als Mittäter begeht. In Literatur und Rechtsprechung heißt es zu dieser Frage im allgemeinen

lediglich, daß "die geringere Teilnahmeform in der schwereren aufgehe oder von ihr aufgezehrt werde," 176) Schönke-Schröder 177) sind der Ansicht, daß die geringere Teilnahmeform der schwereren gegenüber subsidiär sei. Es wird jedoch meist vermieden, auf den wirklichen Rechtsgrund für die Straflosigkeit der geringeren Teilnahmeform einzugehen.

Überwiegend wird angenommen, daß Gesetzeskonkurrenz, und zwar ein Fall der Subsidiarität 178) oder der Konsumtion vorliegt 179). Diese Betrachtungsweise erscheint jedoch unzureichend, da die für die Konkurrenzlehre wesentliche Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer oder mehrerer Handlungen außer Acht gelassen wird. Auch in diesen Fällen kann man zu einer dogmatisch befriedigenden Lösung nur gelangen, wenn man zunächst prüft, ob das verbrecherische Geschehen durch eine Handlung ausgeführt worden ist oder ob der Täter mehrere selbständige Handlungen begangen hat.

Eine solche Prüfung ist aber insbesondere von der Rechtsprechung bisher nicht vorgenommen worden; in den Begründungen der Urteile und Kommentare wird lediglich auf die Folgeerscheinung hingewiesen, und zwar mit den juristisch wenig befriedigenden Ausdrücken: "Es wird aufgezehrt", "Es geht ineinander auf". 180) In RG 44/207 heißt es sodann wörtlich: "Anstiftung und Beihilfe mit Bezug auf die eigene Tat des Anstiftenden steht zu dieser als der Haupttat nicht lediglich in einem Verhältnis des Zusammentreffens, wie die §§ 73 oder 74 StGB dies voraussetzen, sondern geht in ihr vollständig auf, so daß sie rechtlich keinen abgrenzbaren Fall von ihr bildet." In RG 48/206 heißt es sodann zu dieser Frage: "Die Vor-

176) LK, Anm. 8 zu § 47, RG 63/134; 70/296;

177) Schönke-Schröder, Vorb. XII, 89 zu § 47

178) Schönke-Schröder, Vorb. XII, 89 zu § 47

179) Honig, S. 76, Becker, S. 82

180) RG 26/198; 36/25; Kohlrausch-Lange, § 47, Anm. VI
Schönke-Schröder, § 47, Anm. XII, BGH 8/294; 4/244
Geerds, S. 189

schriften über die Teilnahme an einer strafbaren Handlung stehen zueinander in einem solchen Verhältnis, daß die Anstiftung und Beihilfe, also die untergeordneten Arten der Teilnahme betreffenden Vorschriften gegenüber den auf die Täterschaft bezüglichen nur hilfsweise gelten, subsidiär sind, so daß, wenn sich jemand an einer und derselben Straftat sowohl durch Handlungen, die sich als Anstiftung oder Beihilfe, wie durch solche, die eine Mittäterschaft darstellen, beteiligt, weder tateinheitliches Zusammentreffen (§ 73) noch eine Mehrheit selbständiger Handlungen (§ 74) in Betracht kommen kann, vielmehr die Vorschriften über Anstiftung und Beihilfe gegenüber derjenigen über die Mittäterschaft zurücktreten, durch sie aufgezehrt werden (Gesetzeskonkurrenz)". In RG 63/134 heißt es sodann wörtlich: "Eine und dieselbe Tat kann nicht zugleich mit Täter- und Gehilfenvorsatz begangen werden. Dieser geht solchenfalls im Tätervorsatz auf." Die Formulierungen in den zitierten Entscheidungen befriedigen dogmatisch nicht, da sie auf den wirklichen Rechtsgrund für die Straflosigkeit der vorangegangenen Tat nicht eingehen und im Gegensatz zu der in den §§ 73 und 74 StGB geforderten und für die Konkurrenzlehre wesentlichen Unterscheidung, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, stehen. Während es in RG 48/206 heißt, daß weder Ideal- noch Realkonkurrenz vorliege, sondern Gesetzeskonkurrenz, geht aus RG 63/134 hervor, daß Idealkonkurrenz gar nicht möglich sei, da eine Handlung oder Handlungseinheit in diesen Fällen nicht vorliegen könne. Damit wäre praktisch aber auch die Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen. Das Ergebnis in diesen Entscheidungen ist deutlich, nämlich die Anwendung der Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz, die gegebene Begründung überzeugt dagegen nicht.

Klarheit kann man nur gewinnen, wenn man zunächst untersucht, ob der Täter das verbrecherische Geschehen durch eine oder durch mehrere Handlungen verwirklicht

hat. Hier ergibt sich, daß die Formulierung in RG 63/134, wonach ein und dieselbe Tat nicht zugleich mit Täter- und Gehilfenvorsatz begangen werden kann, richtig ist. Aus dem Verhältnis der beiden Täterschaftsformen zueinander geht hervor, daß derjenige, der eine Tat als Gehilfe beginnt, dann, wenn er sich später als Mittäter an derselben Tat beteiligt, für die spätere Beteiligung in Form der Mittäterschaft einen neuen Entschluß gefaßt haben muß. Hätte der Täter nämlich von vornherein vorgehabt, sich später an der Tat als Mittäter zu beteiligen, so könnten etwa vorangegangene Teilakte dieser strafbaren Handlung allenfalls als Versuch der Haupttat gewertet werden, nicht jedoch als selbständige Beihilfehandlung für die Tat des anderen Mittäters. Denkbar ist daher nur der Fall, daß der Täter zunächst nur als Gehilfe tätig sein wollte, daß er aber später, als er sieht, daß der Haupttäter die Tat allein nicht ausführen kann, beschließt, sich selbst nunmehr in Form der Mittäterschaft an der Tat zu beteiligen. Die Ansicht des Reichsgerichts, daß die von einem Täter an demselben Verbrechen begangene Beihilfe und Mittäterschaft nur im Verhältnis der Handlungsmehrheit stehen kann, ist deshalb richtig.

Dieser Vorgang spielt sich aber nicht, wie meist übersehen wird, bei dem Verhältnis der Anstiftung zu den übrigen Teilnahmeformen ab.¹⁸¹⁾ Im Gegenteil, hier ist gerade die Erfüllung mehrerer Teilnahmeformen durch eine Handlung verhältnismäßig häufig. So kann der A. den B. zur Tat anstiften, aber von vornherein die Absicht haben, sich zusammen mit B. an der Tatausführung zu beteiligen. Das Reichsgericht hat dieses Problem dadurch zu lösen versucht, daß es auf den Gesetzeswortlaut von § 48 StGB Bezug genommen hat¹⁸²⁾, wo es heißt: "Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen bestimmt hat." Hieraus

181) Auch Geerds hat dies nicht erkannt, S. 188, Anm. 217
182) RG 26/199

hat das Reichsgericht den Schluß gezogen, daß für den Mittäter dann, wenn er vorher den anderen Täter zu der verbrecherischen Handlung angestiftet hat, die Tat des anderen für ihn keine fremde sei, so daß, da Anstiftung nur zu einer fremden Tat möglich sei, eine Anstiftung im Sinne des § 48 StGB begrifflich ausgeschlossen werde. Diese Auslegung erscheint formalistisch; sie wird zudem dem Unrechtsgehalt der Anstiftungshandlung, die ja tatsächlich tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft vorgelegen hat, nicht gerecht. Schließlich kann nicht übersehen werden, daß der Täter A. in dem anderen den verbrecherischen Entschluß hervorgerufen hat und daß die spätere Mittäterschaft an diesem Geschehen nichts ändern kann.

Auch hier ergibt sich eine klare Lösung, wenn man auf die Handlungslehre zurückgreift. Hat der Täter die Anstiftung des anderen von vornherein in seinen Tatplan als Vorstufe für die spätere Mittäterschaft angesehen, so liegt in der Anstiftung nur ein Teilakt der eigentlichen Tat, der Mittäterschaft. Die Anstiftung ist in diesem Fall als Vorbereitung der späteren Tat nur Teilakt einer einzigen Handlung. Wie bereits bei dem Verhältnis vom Versuch zur Vollendung erörtert, liegt im juristischen Sinne auch dann nur eine Handlung vor, wenn die Tat sich aus den Teilakten des Versuchs und der Vorbereitung zusammensetzt und zwischen den einzelnen Teilakten deutlich unterscheidbare Zäsuren in zeitlicher und örtlicher Hinsicht bestehen. Voraussetzung ist nur, daß die Teilakte durch einen einheitlichen und gleichbleibenden Vorsatz (Gesamtvorsatz) verbunden sind. Ist nach dem Willen des Täters die Anstiftung nur das Mittel, um die Tat mit einem anderen gemeinsam ausführen zu können, so ist die Anstiftung nur unselbständiger Teilakt der späteren Mittäterschaft im Rahmen einer Handlung. Zu einer gesonderten strafrechtlichen Bewertung der Anstiftung kann es deshalb von vornherein nicht kommen.

Ganz anders gelegen ist der Fall, daß der Täter erst nach Abschluß der minderen Beteiligungsform den Entschluß faßt, sich außerdem mittels einer stärkeren Beteiligungsform an der Tat zu beteiligen. So z.B. wenn der Anstifter später erkennt, daß der verleitete nicht in der Lage ist, die Tat allein auszuführen, und er sich nunmehr entschließt, mit Mittäterversatz in das Geschehen einzugreifen. In diesem Fall beruht die spätere Beteiligung an der Tat in Form der Mittäterschaft auf einem neuen Vorsatz. Damit kann aber eine Handlung oder Handlungseinheit nicht mehr angenommen werden, da es an der Grundvoraussetzung des einheitlichen Tatentschlusses fehlt. Es ist somit von einem Fall der Handlungsmehrheit im Sinne der Realkonkurrenz auszugehen. Es bleibt wiederum zu prüfen, ob der Grundsatz der Subsidiarität Anwendung finden muß. Es liegen zwei Angriffe auf das geschützte Rechtsgut vor, wobei der erste Angriff der schwächere ist. Objektiv hat die geringere Teilnahmeform die stärkere vorbereitet und ermöglicht. Die spätere Tat hat auf der früheren aufgebaut und sich aus dieser entwickelt. Danach sind die Voraussetzungen der Subsidiarität gegeben. Die schwächere Beteiligungsform steht zu der stärkeren im Verhältnis der scheinbaren Realkonkurrenz. Es ergibt sich ein Fall der straflosen Vortat.¹⁸³⁾ Die hier gegebene dogmatische Begründung vermeidet die widersprüchlichen Ausführungen des Reichsgerichts, das einmal annimmt, daß weder Handlungseinheit noch Handlungsmehrheit vorliegt, andererseits aber auf die Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz Bezug nimmt.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß auch das Verhältnis der verschiedenen Teilnahmeformen zueinander nur geklärt werden kann, wenn man zunächst untersucht, ob die

183) Für dieses Ergebnis, wenn auch mit teilweise abweichender Begründung: Binding, Hdbch, S. 360; Köhler, S. 75, Bär, S. 36, RG 26/198

Tat durch eine Handlung oder durch mehrere Handlungen verwirklicht worden ist. Das Vorliegen einer Handlung ist nur bei der Anstiftung im Verhältnis zu den anderen Teilnahmeformen möglich, nämlich dann, wenn die Anstiftung von vornherein nur als unselbständiger Teilakt der späteren Mittäterschaft geplant war. Beihilfe und Mittäterschaft können dagegen an derselben Tat nicht durch eine Handlung verwirklicht werden, da dieselbe Tat nicht zugleich mit Gehilfen- und Tätervorsatz begangen werden kann.

Folgt dagegen die stärkere Teilnahmeform der vorangegangenen geringeren auf Grund eines neuen Entschlusses, so liegt Handlungsmehrheit vor, da nur bei einheitlichem Vorsatz eine Handlung oder Handlungseinheit angenommen werden kann. Die schwachere Teilnahmeform ist dann der stärkeren gegenüber subsidiär; die Vortat bleibt straflos. Die Beihilfe tritt hinter der Anstiftung, die Anstiftung hinter der Mittäterschaft zurück.¹⁸⁴⁾ Dies gilt auch dann wenn der Täter einen Menschen anstiftet und zugleich einen anderen veranlaßt, jenem bei der Tat zu helfen.¹⁸⁵⁾

Hierher gehören auch die Fälle, in denen die Teilnahme in der Form des Versuchs auftritt oder aber eine schwerere Beteiligungsform nur das Stadium des Versuchs erreicht hat. Es gelten hier die erörterten Grundsätze, wobei jedoch die Täterschaft anderen Mitwirkungsformen und Entwicklungsstufen vorgeht, während innerhalb der Teilnahme die jeweils höhere Entwicklungsstufe maßgebend ist. Demnach ist die versuchte (erfolglose) Anstiftung des § 49a StGB der vollendeten Anstiftung des § 48 StGB zu diesem Verbrechen subsidiär.¹⁸⁶⁾ Ebenso ist es im Verhältnis des § 159 StGB und der Anstiftung zur falschen Aussage. Auch dann, wenn der Täter nach § 218

184) RG 47/372; Bär, S. 38

185) RG 33/401

186) BGH 1/131

Abs. III StGB in Verbindung mit § 49 StGB als Gehilfe zur Fremdadtreibung zu bestrafen ist, stellt sich die vorangegangene Handlung nach § 218 Abs. IV StGB (Verschaffung des Abtreibungsmittels) als straflose Vortat dar. In allen diesen Fällen ist, wenn eine Handlungsmehrheit festgestellt werden kann, die Vortat aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus nicht strafbar.

3.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von Grunddelikt mit dem entsprechenden qualifizierten Delikt.

Es ist im Schrifttum bisher nicht untersucht worden, ob auch dann die Problematik der straflosen Vortat auftreten kann, wenn der Täter zunächst das Grunddelikt und anschließend die qualifizierte Form dieses Deliktes begeht.

Außerlich betrachtet scheint sich zunächst auch hier die Problematik der straflosen Vortat zu ergeben, da ebenfalls zwei Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut vorliegen, wobei der eine stärker ist als der andere. So setzt z.B. § 243 StGB einen intensiveren Angriff gegen das geschützte Rechtsgut voraus als § 242 StGB. Dennoch sind diese Erwägungen in dieser generellen Form nicht richtig. Wie bereits erörtert, läßt sich die Subsidiarität nicht auf Grund eines abstrakten Vergleichs der in Betracht kommenden Gesetze erklären wie die Spezialität, sondern die Subsidiarität ist nur unter Bezugnahme auf das konkrete Tatgeschehen festzustellen. Charakteristikum der Subsidiarität im Rahmen des Verhältnisses von Vortat und Haupttat ist, daß die Vortat im Grunde Vorbereitungstat oder Durchgangsdelikt ist, welches die Haupttat ermöglicht, so daß sich diese wiederum aus der Vortat entwickelt. Erst aus dieser Sicht läßt sich die Subsidiarität der Vortat, die in diesem Fall mit der Haupttat eine Bewertungseinheit bildet, erfassen; die vorbereitende und ermöglichende

Vortat fällt strafrechtlich nicht ins Gewicht, wenn das Delikt in der Form des stärkeren Angriffs fortgesetzt wird, selbst wenn diese Fortsetzung auf einem neuen Entschluß beruht.

Gerade dies ist aber bei den meisten in Frage kommenden qualifizierten Delikten nicht der Fall, da das qualifizierte Delikt oft nicht ein intensiverer Angriff des Täters auf das geschützte Rechtsgut ist, der sich aus dem schwächeren entwickelt (typisches Merkmal der straflosen Vortat), sondern seiner Natur nach ein selbständiger einmaliger Angriff auf das Rechtsgut. Am deutlichsten zeigt sich dies bei den Tötungsdelikten. Erfasst man mit der herrschenden Meinung des Schrifttums den Mord als Qualifizierung des Totschlags, so ist davon auszugehen, daß bei Vollendung des Tatbestandes des § 211 StGB gleichzeitig auch eine Vollendung des Tatbestandes des § 212 StGB vorliegt. Dennoch kommt der vollendete Totschlag nicht als Vorbereitungstat des Mordes in Betracht, da nach der Vollendung des § 212 StGB die Begehung eines Deliktes nach § 211 StGB naturgemäß nicht mehr möglich ist. Dies liegt daran, daß sich bei den meisten qualifizierten Delikten die Qualifizierung nur aus erschwerenden Umständen der Tatbegehung ergibt, nicht jedoch stellt sich diese als eine Fortsetzung des Grunddeliktes dar. Das Rechtsgut "Leben" wird durch den Totschlag im Ergebnis in gleicher Weise verletzt wie durch den Mord, so daß die Begehung des qualifizierten Delikts nicht eine Fortsetzung der Tat nach dem Grundtatbestand ist, sondern stets eine eigenständige Verletzung des geschützten Rechtsguts, die dadurch gekennzeichnet wird, daß der Täter den Totschlag unter den in § 211 StGB im einzelnen beschriebenen Qualifizierungsmerkmalen begeht.

Dies gilt auch für den anderen wichtigen Fall des Diebstahls. Das geschützte Rechtsgut "Eigentum" wird durch

den Diebstahl nach § 242 StGB ebenso verletzt wie durch den schweren Diebstahl. Der schwere Diebstahl entwickelt sich nicht aus dem einfachen Diebstahl, sondern es liegt ein selbständiger Angriff gegen das geschützte Rechtsgut vor, der nur unter den qualifizierenden Voraussetzungen des § 243 StGB begangen wird. Der einfache Diebstahl ist somit seiner Natur nach weder Vorbereitungs- noch Durchgangsdelikt zum schweren Diebstahl. In beiden Fällen liegt nur ein Diebstahl vor; die Qualifizierung ergibt sich bei § 243 StGB lediglich aus dem äußeren Tatgeschehen¹⁸⁷⁾. Es liegt somit keine Verletzung des geschützten Rechtsguts in verschiedenen Angriffsstadien vor. Die meisten qualifizierten Delikte weisen diese Merkmale auf; das Grunddelikt kann deshalb in diesen Fällen nicht straflose Vortat sein.

Es gibt jedoch auch Qualifizierungen, die eine Fortsetzung des Grunddelikts darstellen, in denen also die Qualifizierung nicht ohne vorherige Begehung des Grunddelikts möglich ist. In diesem Fall kann das Grunddelikt straflose Vortat sein.

Ein solcher Fall ist insbesondere in dem Verhältnis der falschen uneidlichen Aussage nach § 153 StGB zum Meineid nach § 154 StGB gegeben. Hier ist es logisch ausgeschlossen, daß ein Meineid begangen wird, ohne daß der Täter vorher eine uneidliche falsche Aussage gemacht hat. Das Grunddelikt ist in diesem Sinne immer "Vorbereitungsdelikt" für die qualifizierte Tat.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner grundlegenden Entscheidung hierzu¹⁸⁸⁾ die Problematik durchaus erkannt, jedoch nicht in jeder Beziehung eine dogmatisch befriedigende Begründung gegeben. Nachdem er festgestellt hat, daß die uneidliche falsche Aussage nach § 153 StGB das

187) Geerds, S. 195

188) BGH 8/301

Grunddelikt zu § 154 StGB sei, führt der Bundesgerichtshof aus, daß das Vergehen nach § 153 StGB bereits vor dem Nachsprechen der Eidesformel vollendet sei; die Eidesleistung sei niemals Teil der Aussage, die Beeidigung kein Teil der Vernehmung. Der Bundesgerichtshof kommt sodann zu dem Ergebnis, daß auch dann, wenn die Beeidigung erst in einem späteren Verhandlungstermin vorgenommen wurde, der Täter nur wegen Meineids zu bestrafen sei, selbst wenn der Täter und das Gericht die in dem ersten Termin durchgeführte Vernehmung als abgeschlossen angesehen hätten.

Die vom Bundesgerichtshof hierzu gegebene Begründung hat in erster Linie teleologischen Charakter und ist dogmatisch unbefriedigend. So wird ausgeführt, daß § 153 StGB nur geschaffen worden sei, um eine Lücke zum Schutz der Rechtspflege zu schließen, so daß diese Vorschrift nur subsidiären Charakter gegenüber § 154 StGB habe. Komme es deshalb zum Meineid, so sei nur § 154 StGB anzuwenden ohne Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des Verfahrens. Danach spielt es keine Rolle, ob der Angeklagte zunächst nur eine uneidliche falsche Aussage machen wollte und erst später auf Grund eines neuen Entschlusses einen Meineid geleistet hat oder ob er unmittelbar im Anschluß an die uneidliche falsche Aussage die Eidesformel auf Grund eines einheitlichen Entschlusses nachgesprochen hat. Die Begründung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt nicht hinreichend die Fragestellung nach den tatsächlich verübten strafbaren Handlungen und der vom Gesetz in den §§ 73 und 74 StGB geforderten Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit. Dies führt dazu, daß der Bundesgerichtshof gezwungen ist, in derselben Entscheidung eine einheitliche Terminologie

zu vermeiden. So heißt es einmal ¹⁸⁹⁾, daß die uneidliche falsche Aussage im Meineid aufgehe (übliche Bezeichnung für Gesetzeskonkurrenz und Konsumtion), zum anderen wird später nicht verkannt ¹⁹⁰⁾, daß in diesem Fall auch mehrere selbständige Handlungen vorliegen können. Wiederum einige Seiten später ¹⁹¹⁾ wird ausgeführt, daß in den Fällen, in denen eine uneidliche falsche Aussage im Meineid aufgehe, für die strafrechtliche Betrachtung eine einheitliche Straftat vorliege. Diese Formulierung läßt darauf schließen, daß in allen Fällen eine Handlung im juristischen Sinne angenommen werden soll, was wiederum im Gegensatz zu den vorangegangenen Ausführungen steht, wonach die uneidliche falsche Aussage bereits abgeschlossen sei, wenn es zur Beeidigung komme und daß an sich auch mehrere selbständige Handlungen vorliegen könnten. Zusammenfassend läßt sich erkennen, daß der Bundesgerichtshof zur Begründung des von ihm als richtig erkannten Ergebnisses verschiedene Rechtsbegriffe der bestehenden Dogmatik angewandt hat, die sich zum Teil begrifflich gegenseitig ausschließen. Dies erscheint unbefriedigend, zumal eine Lösung des Problems auch im Sinne des vom Bundesgerichtshof als richtig erkannten Ergebnisses im Rahmen der hergebrachten Dogmatik möglich ist.

Es kann nicht darauf verzichtet werden, zunächst die Frage zu stellen, ob der Täter die Tatbestände der §§ 153, 154 StGB durch eine oder durch mehrere Handlungen verwirklicht hat. Hierbei ergeben sich wiederum mehrere Möglichkeiten. Zunächst ist es denkbar, daß der Täter unmittelbar nach seiner Aussage den Eid leistet, nachdem er vorher auf die Möglichkeit der Eidesleistung hingewiesen worden ist. In diesem Fall ist die uneidliche falsche Aussage nur ein unselbständiger Teilakt des Meineids. Es liegt nur eine Handlung vor, durch welche der Tatbestand des § 154 StGB verwirklicht worden ist. § 153 StGB steht zu § 154 StGB

189) BGH 8/312

190) BGH 8/315

191) BGH 8/319

im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz, und zwar ist Spezialität gegeben, da § 154 StGB nur verwirklicht werden kann, wenn vorher § 153 StGB erfüllt worden ist. Insoweit ist der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu folgen ¹⁹²⁾.

Das Vorliegen nur einer Handlung muß auch dann angenommen werden, wenn der Täter seine Aussagen in verschiedenen Vernehmungen wiederholt, jedoch stets den gleichbleibenden Willen zu Falschaussage oder zum Meineid hatte. Die uneidliche falsche Aussage ist auch in diesem Falle nur Teilakt der eigentlichen Meineidstat. § 153 StGB gehört zu denjenigen Deliktsarten, die zwar bereits durch eine Handlung verwirklicht werden können, bei denen jedoch für die juristische Betrachtungsweise ebenfalls nur eine Tatbestandsverwirklichung vorliegt, wenn der Tatbestand durch mehrere sachlich zusammengehörende Aussagen verletzt wird. ¹⁹³⁾ Geerds ¹⁹⁴⁾ faßt diese Fälle unter dem Begriff "Tatbestände mit Sammelbegriffen" zusammen. Nur so ist auch die teilweise vom Bundesgerichtshof verwandte Bezeichnung "Einheitstat" ¹⁹⁵⁾ oder "einheitliche Tat im Rechtssinne" zu verstehen. Im Grunde ist hiermit nichts anderes gemeint als eine Verbrechenseinheit, die durch den gesetzlichen Tatbestand geschaffen wird. Richtiger erscheint es, diesen Vorgang nur als eine Handlung im juristischen Sinne zu erfassen. ¹⁹⁶⁾

Daraus erklärt sich auch, daß es unerheblich ist, ob die Tat anläßlich einer Vernehmung oder in mehreren Vernehmungen begangen worden ist, stets liegt eine Verbrechenseinheit vor, so daß die Tat im juristischen Sinne nur als eine Handlung zu bewerten ist. ¹⁹⁷⁾ Hierbei spielt

192) BGH 8/312

193) RG 61/225

194) Geerds, S. 267

195) BGH 8/301

196) vgl. die Ausführungen auf den S. 25 ff.

197) BGH 5/44; 7/186; Schönke-Schröder, Vorb. 9 zu § 73

es keine Rolle, ob der Täter von vornherein die Anzahl der Vernehmungen oder die weitere Gestaltung des Verfahrens kannte. Durch den gesetzlichen Tatbestand stellen sich alle diese Handlungen als eine Einheit dar, da die Fassung des § 153 StGB auch eine Mehrheit tatsächlicher Ausführungsakte gestattet. 198)

Auf diese Weise läßt sich das vom Bundesgerichtshof insoweit vertretene und für richtig gehaltene Ergebnis im Rahmen der bestehenden Dogmatik begründen, ohne daß es der Heranziehung sachfremder Erwägungen bedarf, wie es der Bundesgerichtshof in seiner weitgehend teleologisch ausgerichteten Begründung zum Ausdruck bringt. In Übereinstimmung mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist deshalb davon auszugehen, daß bei gleichbleibendem Vorsatz zur falschen Aussage eine Verbrechenseinheit anzunehmen ist, die durch eine Handlung im juristischen Sinne verwirklicht worden ist. Hierbei kommt es auf die Gestaltung des Gerichtsverfahrens, insbesondere die Anzahl der Vernehmungen, nicht an, da auch die mehrfachen falschen Aussagen in diesem Fall nur eine Tatbestandsverwirklichung darstellen.

Nicht gebilligt werden kann jedoch, daß der Bundesgerichtshof diese Begründung auch dann für gerechtfertigt hält, wenn der Täter ursprünglich die feste Absicht hatte, keinen Meineid zu leisten. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen der Täter zunächst den Willen hatte, es auf die Leistung eines Meineids nicht ankommen zu lassen, so daß er die uneidliche falsche Aussage zunächst in der Hoffnung abgab, er werde nicht vereidigt werden. Nachdem in einem späteren Termin dennoch seine Beeidigung beschlossen worden war, leistet er - aus Furcht vor Entdeckung der uneidlichen falschen Aussage - auf Grund eines neuen Entschlusses den Meineid. Dieser durchaus denkbare Fall, in welchem der Vorsatz, den Meineid zu lei-

sten, erst später gefaßt wird, kann nicht als Tatverwirklichung durch eine Handlung angesehen werden. Es fehlt an der Grundvoraussetzung des einheitlichen Tatentschlusses. In diesem Fall liegen zwei selbständige Handlungen vor, die im Verhältnis der Realkonkurrenz zueinander stehen. Hier wird deutlich, wie wichtig es ist, zunächst die Frage zu klären, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind. Die Grundsatzerörterungen des Bundesgerichtshofs bedürfen somit der Ergänzung dahin, daß eine einheitliche Tat im Rechtssinne (Einheitstat) dann nicht mehr vorliegt, wenn die Leistung des Meineids auf einem nachträglich gefaßten Entschluß beruht, der sich mit dem ursprünglichen Entschluß zur Abgabe einer uneidlichen falschen Aussage nicht deckt.

Erkennt man dies, so ergibt sich, daß dann, wenn die Begehung des Meineids auf einem neuen Entschluß beruht, Realkonkurrenz vorliegt, und es ist jetzt zu prüfen, ob die Grundsätze der Subsidiarität Anwendung finden können. Erst an diesem Punkt sind die vom Bundesgerichtshof¹⁹⁹⁾ angestellten Erwägungen über das Verhältnis des § 153 StGB zu § 154 StGB berechtigt. Hier ergibt sich, daß die Strafvorschrift des § 153 StGB nur geschaffen worden ist, weil die Lockerung des Eideszwanges den Gerichten die Befugnis gegeben hatte, in weit größerem Umfange als früher von der Vereidigung des Zeugen abzusehen und die Feststellung des Sachverhalts auf uneidliche Aussagen zu gründen, und weil die Gerichte von dieser Befugnis in einer in diesem Umfang vom Gesetzgeber nicht gewollten Weise Gebrauch machten. Sinn und Zweck der Strafarohung des § 153 StGB ist es, den Wert der uneidlichen Aussage als Beweismittel zu sichern. Es bestand nur das Bedürfnis, diejenigen falschen Aussagen zu bestrafen, die unbeeidigt blieben, und deshalb bisher nicht strafbar waren, nicht aber ein Bedürfnis, für eine zusätzliche Strafbarkeit der schon vom Meineidstatbestand erfaßten falschen Aussagen zu sor-

199) BGH 8/309

gen. Der § 153 StGB hat demnach die Aufgabe, die Lücke zu schließen, die im Schutz der Rechtspflege bestehen würde, falls, wie nach dem bis 1943 geltenden Recht, die falsche Aussage nur strafbar wäre, wenn sie beschworen wird. § 153 StGB hat also von vornherein Hilfs- (subsidiären) Charakter gegenüber § 154 StGB ²⁰⁰⁾.

Außerdem ergibt sich die Subsidiarität in diesem Falle auch aus allgemeinen Erwägungen. Die Qualifizierung des § 154 StGB ist nicht denkbar ohne vorherige Begehung des Grunddelikts des § 153 StGB, so daß die uneidliche falsche Aussage in jedem Fall den Charakter eines Durchgangs- oder Vorbereitungsdelikts hat. Es liegen nach der vom Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung vertretenen Ansicht zwei Angriffe auf dasselbe Rechtsgut vor, wobei der erste Angriff der schwächere ist, während sich der stärkere Angriff gleichzeitig aus dem schwächeren entwickelt hat. In diesem Fall trifft der allgemeine Gedanke der Subsidiarität ebenfalls zu. Aus dem Zusammenspiel der beiden Vorschriften geht hervor, daß § 153 StGB auch bei Handlungsmehrheit gegenüber dem § 154 StGB subsidiär sein kann, wenn sich der Meineid aus der falschen Aussage entwickelt hat. Es liegt dann ein Fall strafloser Vortat vor. ²⁰¹⁾

Nur durch eine solche Betrachtungsweise erscheint eine Lösung des Problems im Rahmen der bestehenden Dogmatik zur Handlungslehre möglich, und nur auf diese Weise kann der Unrechtsgehalt der jeweils verübten selbständigen Handlungen richtig erfaßt werden. Bei gleichbleibendem Vorsatz stellt sich die gleichzeitige Verwirklichung der §§ 153, 154 StGB als eine einheitliche Tat im Rechtssinne dar. Insoweit ist der Ansicht des Bundesgerichtshofs zuzustimmen. Beruht dagegen die Begehung des Meineids auf

200) BGH 8/309

201) so auch Busch, GA 55/262, Schönke-Schröder, § 154, Anm. 45

einem neuen Entschluß, der erst nach Vollendung des Delikts der uneidlichen falschen Aussage gefaßt worden ist, kann nicht mehr angenommen werden, daß der Täter nur eine Handlung begangen hat. Vielmehr liegen dann zwei selbständige Handlungen vor, wobei die uneidliche falsche Aussage dem Meineid gegenüber subsidiär ist.

Zusammenfassend ist deshalb zu sagen, daß § 153 StGB zu § 154 StGB im Verhältnis der Spezialität steht, wenn beide Tatbestände durch eine Handlung im juristischen Sinne verwirklicht werden. Voraussetzung hierzu ist, daß der Täter bei gleichbleibendem Vorsatz den Meineid im Anschluß an eine Vernehmung leistet, wobei der Tatbestand des § 153 StGB es zulaßt, daß auch dann nur eine Tatbestandsverwirklichung anzunehmen ist, wenn mehrere Vernehmungen vorliegen, selbst wenn sie zeitlich und örtlich voneinander getrennt sind. Besteht jedoch zwischen der uneidlichen falschen Aussage und dem Meineid Handlungsmehrheit, d.h., begeht der Täter den Meineid auf Grund eines neu gefaßten Entschlusses, nachdem er ursprünglich keinen Meineid hatte leisten wollen, so erfolgt dennoch nur eine Bestrafung aus § 154 StGB, da die erste Straftat aus den Gründen der Subsidiarität straflose Vortat ist²⁰²⁾.

Aus diesen Untersuchungen ergibt sich aber noch ein weiteres wichtiges Ergebnis. Die meist vorgetragene These, daß Grunddelikt und qualifiziertes Delikt grundsätzlich im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen und aus logischen Gründen das speziellere Gesetz das generelle ausschließt, erweist sich als unrichtig. Klug²⁰³⁾ hat erstmals darauf hingewiesen, daß es derartige Gesetze der Logik nicht gibt, sondern daß der Grundsatz der Spezialität nur aus teleologischen Gründen angewandt wird. An dem aufgezeigten Beispiel des Verhältnisses von § 153 StGB zu § 154 StGB erweist sich, daß auch das Verhältnis vom

202) Busch, GA, 55/262

203) Klug, ZStW 68/399

Grunddelikt zu der qualifizierten Abwandlung keinesfalls immer von dem Grundsatz der Spezialität bestimmt wird. Vielmehr hängt die Frage, welche Auslegungsregel zutreffend ist, davon ab, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen. Nur bei Annahme einer Handlung oder Handlungseinheit kann Spezialität gegeben sein, bei Handlungsmehrheit kann jedoch unter den erörterten Voraussetzungen nur Subsidiarität in Betracht kommen. Dieses Ergebnis zeigt insbesondere, daß es nicht zweckmäßig ist, die Bezeichnung Gesetzeskonkurrenz ohne weiteres auf die Fälle der Handlungsmehrheit anzuwenden, wie es Geerds und Schöнке-Schröder vorschlagen²⁰⁴⁾, da die Unterscheidung zwischen den einzelnen Auslegungsregeln dann sehr erschwert würde.

Eine ähnliche Problematik ergibt sich auch in dem Verhältnis der Körperverletzungsdelikte zu den Tötungsdelikten, wenn man der Ansicht des Bundesgerichtshofs²⁰⁵⁾ folgt, wonach die Körperverletzung notwendiges Durchgangsdelikt zu den Tötungsdelikten sei. Danach setzt jede Tötungshandlung logischerweise zunächst eine vorsätzliche Körperverletzung voraus, die Tötungshandlung entwickelt sich also stets aus einer zunächst begangenen Körperverletzung. Wenn auch die Körperverletzung nicht als Grunddelikt zu den Tötungshandlungen angesehen werden kann, so ist doch zu berücksichtigen, daß die Tötung nur die schwerste Folge eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit ist, so daß sich eine ähnliche Problemstellung ergibt wie bei dem Verhältnis von § 153 StGB zu § 154 StGB.²⁰⁶⁾

Auch hier ist zunächst zu klären, ob das verbrecherische Geschehen durch eine oder durch mehrere Handlungen verübt worden ist. Will der Täter einen Totschlag begehen und führt er die Tat in der Weise aus, daß die notwendige Körperverletzung unmittelbar zum Tode führt, so ist von vorn-

204) vgl. auch die Ausführungen auf den Seiten 52 ff

205) BGH 16/122

206) Geerds, S. 197, Schöнке-Schröder, § 212, Anm. XI, 2

herein nur der Tötungstatbestand erfüllt. Führt der Täter zunächst nur im Rahmen seines Tötungsvorsatzes eine Körperverletzung aus (beim Giftmord mit langsam wirkenden Mittel) und kommt es erst später zur Vollendung der Tat, so stellt sich die Körperverletzung bis zum Eintritt des Todes als versuchter Mord dar. Auch hier kommt es nicht zu einer Bestrafung wegen der in der Tötungshandlung enthaltenen Körperverletzung. Lediglich wenn der Täter von der versuchten Tötung strafbefreiend zurücktritt, erlangt die Tatsache, daß der Tötungsversuch gleichzeitig eine vollendete Körperverletzung war, wieder Bedeutung: Der Täter kann von der vollendeten Körperverletzung nicht mehr strafbefreiend zurücktreten, so daß er trotz des strafbefreienden Rücktritts von dem Tötungsversuch wegen vollendeter Körperverletzung bestraft wird. In allen diesen Fällen stellt sich die Problematik der straflosen Vortat nicht.

Jedoch ist es auch möglich, daß sich die Tötung aus der Körperverletzung entwickelt hat, ohne daß das Vorliegen einer Handlung angenommen werden kann. Ein Beispiel hierfür ist insbesondere der vom Obersten Gerichtshof für die britische Zone entschiedene Fall ²⁰⁷⁾, in dem der Täter sein Opfer zunächst ohne Tötungsvorsatz in eine Teigmaschine geworfen hat, erst nach Vollendung dieser Tat aber den Entschluß faßte, sein Opfer in der Teigmaschine umkommen zu lassen. Es ist ersichtlich, daß die Entscheidung davon abhängt, ob man das Körperverletzungsdelikt als notwendiges Durchgangsdelikt zu der eigentlichen Tötung ansieht ²⁰⁸⁾, oder ob man die Ansicht vertritt, daß der Körperverletzungsvorsatz den Tötungsvorsatz begrifflich ausschließt. ²⁰⁹⁾ Bei der letzteren Ansicht ergibt sich die Annahme einer echten Realkonkurrenz. Sieht man dagegen in der Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsdelikt zu der Tötung, so kann sich eine ganz andere

207) veröffentlicht in DRZ 49/332

208) BGH 16/122

209) DRZ 49/332; Maurach, BT, S. 79

Beurteilung ergeben. Schon das Reichsgericht hat einen gleichliegenden Fall dahingehend entschieden, daß die Körperverletzung auch dann in der Tötungshandlung aufgehe, wenn der Tötungsvorsatz erst nach der Vollendung der Körperverletzung gefaßt worden ist.²¹⁰⁾ Offenbar hat das Reichsgericht hier - allerdings ohne nähere Begründung - die Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz auch auf einen derartigen Fall angewandt. Hiergegen bestehen jedoch dogmatische Bedenken.

Zunächst ist festzustellen, daß die Körperverletzung und das Tötungsdelikt nicht durch eine Handlung oder in Form einer Handlungseinheit begangen worden sind, da es an dem einheitlichen Tatentschluß fehlt. Selbst wenn man annehmen wollte, daß die Körperverletzung zwar vollendet, aber noch nicht beendet war, kann eine Handlung oder Handlungseinheit nicht angenommen werden, da die Tatsache, daß die zweite Handlung bei Fortdauer einer durch die erste Straftat herbeigeführten Situation begangen wird, nicht ausreicht, um eine Handlungseinheit zu begründen.²¹¹⁾ Es liegt somit Handlungsmehrheit, also Realkonkurrenz, vor.

Nunmehr ist zu prüfen, ob die Vortat der Körperverletzung aus dem Gedanken der Subsidiarität neben der Haupttat der Tötung straflos bleibt. Hier ergibt sich die Problematik der straflosen Vortat. Die Körperverletzung wird nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs als Durchgangsdelikt zu den Tötungshandlungen angesehen. Damit gewinnt die Körperverletzung den Charakter einer Vorbereitungsstat: Jede Tötung durchläuft das Stadium der Körperverletzung. Bereitet die Körperverletzung in dieser Weise die spätere Tötung vor, so liegt die gleiche Fragestellung wie bei dem Verhältnis von Versuch zu Vollendung vor. Hat der

210) RG 67/368

211) Schönke-Schröder, § 73, Anm. 7

Täter nach seinem Tatplan die Körperverletzung von vornherein nur als Teilakt der eigentlichen Tötungshandlung angesehen, so bleibt die Körperverletzung unselbständiger Teilakt und es liegt im juristischen Sinne nur eine Handlung vor. Hat die Körperverletzung aber nur objektiv die spätere Tötung ermöglicht und vorbereitet, d.h. beruht die Tötung des Opfers auf einem neuen Tatentschluß, der erst nach Abschluß der Körperverletzung gefaßt wurde, liegt Realkonkurrenz vor. Jedoch handelt es sich bei dem ersten Angriff durch die Körperverletzung, der die spätere Tötung des Opfers vorbereitet und ermöglicht hat, um einen schwächeren Angriff gegenüber dem geschützten Rechtsgut, der neben dem umfassenderen Angriff nicht ins Gewicht fällt.²¹²⁾ Es erfolgt deshalb nur eine Bestrafung wegen vollendeter Tötung.

Nur die Anwendung des Begriffs der straflosen Vortat ermöglicht es, dieses als gerechtfertigt empfundene Ergebnis der Entscheidung in RG 67/368 auch dogmatisch zu vertreten. Voraussetzung ist jedoch, daß sich die Körperverletzung objektiv als Vorbereitungs- oder Durchgangstat gegenüber der späteren Tötungshandlung erweist. In dem geschilderten Fall, der der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone zugrunde lag²¹³⁾, kann, wie in der Entscheidung richtig dargelegt, zwischen der Körperverletzung und der Tötung eine Handlungseinheit nicht angenommen werden, da ein gleichbleibender Vorsatz nicht vorliegt. Die an sich bestehende Realkonkurrenz stellt sich jedoch als scheinbare Konkurrenz dar, da die Vortat (Körperverletzung) völlig hinter der Haupttat zurücktritt, also subsidiär ist.

Zusammenfassend läßt sich zu der Fragestellung, ob es auch beim Zusammentreffen von Grunddelikt und der entspre-

212) Geerds, S. 197

213) DRZ 49/332

chenden Qualifizierung die Möglichkeit der straflosen Vortat gibt, folgendes sagen:

Wie erörtert, ist die straflose Vortat dadurch gekennzeichnet, daß sie den Charakter einer Vorbereitungstat (im weitesten Sinne) oder eines Durchgangsdelikts hat. Die meisten Grunddelikte sind aber in diesem Sinne nicht Vorbereitungs- oder Durchgangsdelikte, da sich die Qualifizierung bei ihnen aus den äußeren Umständen der Tatbegehung ergibt. So ist z.B. der schwere Diebstahl des § 243 StGB keine sich steigernde Fortsetzung des einfachen Diebstahls nach § 242 StGB, sondern in beiden Fällen liegt ein selbständiger Diebstahl vor, die Qualifizierung ergibt sich lediglich aus den äußeren Umständen des Tatgeschehens. Der Täter begeht nicht erst einen einfachen und anschließend einen schweren Diebstahl, sondern in beiden Fällen liegt eine selbständige Diebstahlshandlung vor. Danach kann sich in diesen Fällen die Problematik der straflosen Vortat von vornherein nicht ergeben, da das Grunddelikt nicht den Charakter einer Vorbereitungs- oder Durchgangstat hat.

Es gibt jedoch Grunddelikte, die eine notwendige Vorstufe zu der späteren Begehung des qualifizierten Delikts sind, so daß der erschwerte Tatbestand nur verwirklicht werden kann, wenn zunächst das Grunddelikt begangen worden ist. Hierzu gehören insbesondere der § 153 StGB im Verhältnis zu § 154 StGB und mit ähnlicher Problematik die Körperverletzung im Verhältnis zu den Tötungsdelikten, wenn man der Ansicht des Bundesgerichtshofs folgt, daß die Körperverletzung notwendiges Durchgangsdelikt zu der späteren Tötung ist.²¹⁴⁾ Hat der Täter in diesen Fällen zunächst nur den Vorsatz gehabt, den schwächeren Angriff auf das geschützte Rechtsgut zu begehen (§ 153 StGB oder

214) Die Körperverletzung ist zwar systematisch kein Grunddelikt gegenüber den Tötungsdelikten, jedoch ist zu berücksichtigen, daß die Tötung nur die mögliche schwerste Folge einer Körperverletzung ist.

§ 223 StGB) jedoch später unter Ausnützung der durch die Vortat geschaffenen Situation den Vorsatz gefaßt, das entsprechende qualifizierte Delikt zu begehen, so bleibt die Vortat straflos, da dann beide Taten eine Bewertungseinheit bilden und der schwächere Angriff subsidiär gegenüber dem stärkeren Angriff ist.

4.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von Fahrlässigkeitsdelikt mit dem entsprechenden Vorsatzdelikt.

Es sind Fälle denkbar, in denen dasselbe Rechtsgut sowohl einem Angriff durch ein Fahrlässigkeitsdelikt als auch einem Angriff durch eine entsprechende Vorsatztat ausgesetzt ist. Schönke-Schröder²¹⁵⁾ geben hierfür ein Beispiel: Ein Bauer hat sein Wohnhaus fahrlässig in Brand gesetzt; nachdem er hiervon Kenntnis erlangt, faßt er den Vorsatz, den Brand nicht zu löschen, um in den Besitz der Versicherungssumme zu gelangen. Einen anderen Fall bildet Maurach:²¹⁶⁾ A. stößt den des Schwimmens unkundigen B. fahrlässig ins Wasser; nunmehr unterläßt er vorsätzlich jede Rettungshandlung, so daß B. ertrinkt. Das von Schönke-Schröder und Maurach für diese Fälle angestrebte Ergebnis geht dahin, daß nur eine Bestrafung wegen des vorsätzlichen Delikts erfolgen soll.

Bei der Untersuchung der beiden Fälle ergibt sich eine Gemeinsamkeit: Die Fahrlässigkeitstat war zwar tatbestandsmäßig vollendet, dauerte aber in ihrer Wirkung noch an, als die Vorsatztat begangen wurde. Während im ersten Fall das Haus bei Begehung der Vorsatztat noch brannte, war im zweiten Fall der Tod des Opfers noch nicht eingetreten. Dieses gemeinsame Moment ist für die Problemstellung der

215) Schönke-Schröder, Anm. 61 der Vorb. zu § 73

216) Maurach, AT, 2. Aufl., S. 458

straflosen Vortat wesentlich, da an eine Straflosigkeit der Fahrlässigkeitstat überhaupt nur gedacht werden kann, wenn eine enge zeitliche, örtliche und sachliche Verbindung mit dem Vorsatzdelikt besteht, weil der abstrakte Normenvergleich nicht die Straflosigkeit der vorangegangenen fahrlässigen Tat rechtfertigen kann. Hat der A. gegenüber dem B. zunächst eine fahrlässige Körperverletzung begangen und schlägt er ihn infolge eines Streits einige Tage später vorsätzlich, so fehlt es an jeder räumlichen, zeitlichen und sachlichen Beziehung zwischen den beiden Taten. Der Täter ist wegen Körperverletzung in Realkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung zu bestrafen.

Anders stellt sich dagegen das Problem, wenn die Fahrlässigkeitstat noch andauert, wenn also praktisch die Vorsatztat aus der Fahrlässigkeitstat erwächst, wie die gegebenen Beispiele zeigen. Das als gerechtfertigt empfundene Ergebnis - die Straflosigkeit der Fahrlässigkeitstat - kann nur bei Anwendung des Begriffs der straflosen Vortat dogmatisch geklärt werden.²¹⁷⁾

Das Fahrlässigkeitsdelikt und die Vorsatztat sind in diesem Fall nicht durch eine Handlung verwirklicht worden. Der gemeinsame Erfolg kann nicht eine Handlungseinheit schaffen, da zwei selbständige Handlungen vorliegen und die Willensrichtung bei beiden Taten völlig verschieden ist, zumal das Verhalten des Täters während der Vorsatztat mit der Verübung der Fahrlässigkeitstat auch zeitlich nicht zusammenfällt.²¹⁸⁾ Daraus ergibt sich, daß zwei Handlungen vorliegen, die im Verhältnis der Realkonkurrenz stehen.

Nunmehr ist zu prüfen, ob die Grundsätze der Subsidiarität auf diesen Fall zutreffen.

Das geschützte Rechtsgut ist hier unmittelbar zwei Angriffen ausgesetzt, von denen sich der eine (die voran-

217) so auch Maurach, 2.Aufl., AT S. 458

218) BGH 7/289

gegangene Fahrlässigkeitstat) als die weniger intensive Angriffsform darstellt, denn die Rechtswidrigkeit der Fahrlässigkeitstat ist geringer als diejenige der Vorsatztat²¹⁹⁾. In den gegebenen Beispielen hat sich das Vorsatzdelikt aus der Fahrlässigkeitstat entwickelt, so daß objektiv die fahrlässige Handlung als Durchgangsdelikt zu der späteren Haupttat aufzufassen ist. Daraus ergibt sich die Fragestellung der straflosen Vortat. Der Angriff der Vorsatztat auf das geschützte Rechtsgut umfaßt völlig den Unrechtsgehalt der Fahrlässigkeitstat, die in diesem Falle die Haupttat in der Weise vorbereitet und ermöglicht hat, daß sich die Vorsatztat aus ihr entwickelte. Es ist deshalb richtig, in diesem Fall Subsidiarität bei Handlungsmehrheit anzunehmen, so daß die Vortat straflos bleibt²²⁰⁾.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGH 7/287 entgegen, in welcher der Fall zu entscheiden war, daß der Täter zunächst einen anderen im Straßenverkehr tödlich verletzt hat, daß er dann, während das Opfer noch am Leben war, den Entschluß faßte, den tödlich Verletzten im Stich zu lassen, wobei festgestellt werden konnte, daß das Opfer infolge der Fahrlässigkeitstat auch dann gestorben wäre, wenn der Täter ärztliche Hilfe herbeigeholt hätte. Zu Recht ist der Täter neben der Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung nur wegen versuchter vorsätzlicher Tötung bestraft worden. Nachdem der Bundesgerichtshof zunächst festgestellt hat, daß zwischen Fahrlässigkeitsdelikt und Vorsatztat Realkonkurrenz besteht, hat er die Möglichkeit verneint, in einem solchen Fall Subsidiarität des fahrlässigen Delikts anzunehmen. Dies ist auch zu billigen. Subsidiarität kann nur angenommen werden, wenn der Unrechtsgehalt der einen Tat durch die andere Tat völlig erfaßt wird. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Fahrlässigkeitstat zu einem stärkeren Erfolg geführt hat als die Vorsatztat. In dem geschilderten Fall, welcher der Entscheidung des Bundesgerichtshofs

219) Schönke-Schröder, Anm. 61 der Vorb. zu § 73, Welzel, ZStW 58/508, Lang-Hinrichsen JR 52/184

220) Schönke-Schröder, Anm. 61 der Vorb. zu § 73, Maurach, 2. Aufl., AT S. 458

zugrunde lag, entwickelt sich zwar auch die Vorsatztat aus dem Fahrlässigkeitsdelikt, jedoch wird der Unrechtsgehalt der fahrlässigen Tötung nicht voll erfaßt durch die später begangene versuchte Tötung, da der Erfolg der vorangegangenen Fahrlässigkeitstat über den der Vorsatztat hinausging. Eine Subsidiarität der Vortat kommt deshalb nicht in Betracht. Die Kritik von Maurach ²²¹⁾ an dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist deshalb nicht berechtigt, da Maurach verkennt, daß für die Entscheidung der Gesichtspunkt maßgebend war, daß hinsichtlich der Vorsatztat nur Versuch angenommen werden konnte.

Deutlich wird die Problematik auch dann, wenn man den bei dem Verhältnis von Grunddelikt zum qualifizierten Delikt beschriebenen Fall ²²²⁾, in welchem der Bäcker seinen Lehrling zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz in die Teigmaschine wirft und erst dann den Tötungsvorsatz faßte, dahin abwandelt, daß der Bäcker die Vortat, das Hineinwerfen in die Teigmaschine, nur fahrlässig begangen hat. Hier würde die Fahrlässigkeitstat straflose Vortat sein, wenn der Täter später den Vorsatz gefaßt hat, die durch die Fahrlässigkeitstat entstandene Situation in der Weise auszunutzen, daß er es vorsätzlich unterläßt, das Opfer aus der Teigmaschine herauszuholen.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß auch beim Zusammentreffen von einem Fahrlässigkeitsdelikt mit dem entsprechenden Vorsatzdelikt eine straflose Vortat möglich ist. Voraussetzung ist, daß die Fahrlässigkeitstat noch nicht beendet ist und daß der Unrechtsgehalt der Fahrlässigkeitstat durch die Vorsatztat voll erfaßt wird. Die Vorsatztat muß sich also aus dem Fahrlässigkeitsdelikt entwickelt haben, so daß sich dieses im weitesten Sinne als Vorbereitungstat darstellt. Liegen diese Voraussetzungen vor, findet der Grundsatz der Subsidiarität Anwendung. Es ergibt sich ein Fall der straflosen Vortat.

221) Maurach, AT, 2.Aufl., S. 458

222) vgl. die Ausführungen auf S. 109

5.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von
Gefährdungsdelikt und Verletzungsdelikt.

Auch beim Zusammentreffen von Gefährdungsdelikten mit den entsprechenden Verletzungsdelikten kann sich die Problematik der straflosen Vortat ergeben. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß auch hier eine Subsidiarität der Vortat nur angenommen werden kann, wenn der Unrechtsgehalt der Vortat durch die Haupttat voll und ganz erfaßt wird. Bei den sog. abstrakten Gefährdungsdelikten ist der Unrechtsgehalt dieser Taten in dem später begangenen Verletzungsdelikt nicht voll enthalten. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten wird nämlich die Strafbarkeit bereits dadurch begründet, daß der Täter durch seine Handlung eine Gefahr für andere bewirkt hat, ohne Rücksicht darauf, ob diese Gefahr im konkreten Fall besteht. Daraus ergibt sich, daß bei den abstrakten Gefährdungsdelikten die Vortat gegenüber dem späteren Verletzungsdelikt einen selbständigen Charakter aufweist: Die spätere Konkretisierung der Gefahr durch die Begehung des Verletzungsdelikts bewirkt nicht die Straflosigkeit des vorangegangenen Gefährdungsdelikts, da auch ohne die spätere Verwirklichung der Gefahr der Täter wegen der vorangegangenen Gefahr bestraft werden kann. Außerdem schützen das abstrakte Gefährdungsdelikt und das entsprechende Verletzungsdelikt nicht dasselbe Rechtsgut: Während durch das abstrakte Gefährdungsdelikt die Allgemeinheit - also ein unbestimmter Personenkreis - verletzt wird, greift das Verletzungsdelikt das Rechtsgut eines einzelnen oder eines fest umrissenen Personenkreises an. Ein subsidiäres Verhältnis ist aber nur anzunehmen, wenn das Gefährdungsdelikt einzig und allein dem Schutz desselben Rechtsguts dient, dessen Verletzung der Gesetzgeber in einem

oder mehreren Tatbeständen verbietet.²²³⁾ Es ist deshalb davon auszugehen, daß die abstrakten Gefährdungsdelikte gegenüber den Verletzungsdelikten ihre Selbständigkeit bewahren, so daß eine scheinbare Konkurrenz nicht in Betracht kommt.²²⁴⁾

Etwas anderes ergibt sich bei den konkreten Gefährdungsdelikten. Hier besteht gegenüber dem entsprechenden Verletzungsdelikt die Möglichkeit einer scheinbaren Konkurrenz. Allerdings ist zunächst eine Korrektur der in Schrifttum und Rechtsprechung allseits vertretenen These notwendig, daß grundsätzlich das konkrete Gefährdungsdelikt dem Verletzungsdelikt subsidiär sei. Dies gilt in dieser Form nur für die Fälle, in den beide Tatbestände durch eine Handlung oder in Form einer Handlungseinheit verwirklicht worden sind. Setzt jemand einen anderen in der Absicht aus (§ 221 StGB), ihn auf diese Weise ums Leben kommen zu lassen, so begeht er ein Tötungsdelikt. § 221 StGB kommt nicht zur Anwendung, er tritt zurück. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß jede Handlung, die kausal für einen verletzenden Erfolg ist, vor dem Verletzungserfolg ein Stadium durchläuft, in welchem sie nur eine Gefahr für das Angriffsobjekt bildet. Freyman²²⁵⁾ gibt hierfür folgende Beispiele:

Wirft X den Y vorsätzlich aus dem vierten Stock auf die Straße, so schwebt Y, solange er fällt, in Gefahr, da für ihn die nahe Möglichkeit einer Verletzung bestand. Bleibt Y dann tödlich verletzt auf der Straße liegen, so besteht die strafbare Tötungshandlung, welche dem Y zugerechnet wird, in dem Hinauswerfen, dem in kausalen Zusammenhang dazu stehenden Fallen des Y und in dem Todeserfolg. Anders ausgedrückt: Durch das Hinauswerfen des Y aus dem Fenster wird eine Bedingungsreihe in Bewegung

223) Freyman, S. 36

224) So die herrschende Meinung; für andere: Maurach, S. 190; Schönke-Schröder, Anm. 63 zu § 73 (Vorb.), RG 69/92; 70/402; BGH 8/244

225) Freyman, S. 34

gesetzt, die zunächst den Zustand der Gefahr und dann den Verletzungserfolg verursacht. Dieses Verhältnis zwischen dem primären Gefährterfolg und dem sekundären Verletzungserfolg besteht bei allen Verletzungen. Jeder Verletzung muß ein Stadium vorangehen, in welchem das nachher verletzte Objekt nur gefährdet ist. Stellt der Gesetzgeber das Verbot auf, ein bestimmtes Rechtsgut zu verletzen, so erstreckt sich das Verbot auf die ganze Verletzungshandlung, also auch auf das Stadium der Gefahr, in welchem sich das Rechtsgut vor der Verletzung befand.

Nun gibt es Fälle, in denen der Gesetzgeber jenen, einem verbotenen Verletzungserfolg vorangehenden Zustand, für so schädlich hält, daß er ihn, ohne den Erfolg abzuwarten, durch einen selbständigen Tatbestand verbietet. Geschieht dies, so bleibt gleichwohl der innere Zusammenhang eines solchen Gefährdungsdelikts mit dem entsprechenden Verletzungsdelikte erhalten. Es ist hier ein durchaus paralleler Vorgang zu dem Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung festzustellen. Dies ergibt sich daraus, daß auch das konkrete Gefährdungsdelikte seinem Charakter nach Vorbereitungs- oder Durchgangsdelikte zum entsprechenden Verletzungsdelikte ist. Stellt sich demnach heraus, daß nach dem Tatplan das konkrete Gefährdungsdelikte neben dem Verletzungsdelikte nichts anderes als ein Teilabschnitt des eigentlichen Verbrechens sein sollte, so kann das Gefährdungsdelikte neben dem Verletzungsdelikte keine selbständige Bedeutung haben. War somit die Aussetzung nach § 221 StGB von vornherein nur Mittel zu der beabsichtigten Tötung, so kommen nur die Vorschriften über die Tötung eines Menschen zur Anwendung. Es handelt sich hierbei nicht um einen Fall der straflosen Vortat, sondern um ein Problem der Gesetzeskonkurrenz. In diesem Fall ist das konkrete Gefährdungsdelikte nur un_uselbständiger Teilakt des Ver-

letzungsdelikts. Die Vollendung des konkreten Gefährdungsdelikts stellt sich als Vorbereitungs- und Durchgangsstadium der Verletzungstat dar. Es liegt somit, wenn die Begehung des konkreten Gefährdungsdelikts von vornherein nur als Mittel zur Begehung des Verletzungsdelikts gedacht war, im juristischen Sinne nur eine Handlung vor.

Aber auch dann, wenn das konkrete Gefährdungsdelikt und das Verletzungsdelikt in Realkonkurrenz stehen, kann der Gedanke der Subsidiarität zur Anwendung kommen, wenn es sich hierbei auch, worauf Geerds besonders hinweist²²⁶⁾, um Ausnahmefälle handeln wird. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß auch in diesen Fällen eine straflose Vortat nur angenommen werden kann, wenn bei Realkonkurrenz das konkrete Gefährdungsdelikt den Charakter einer Vorbereitungstat oder eines Durchgangsdeliktes (jedenfalls objektiv für einen Dritten) hat. Fehlt es an dieser Beziehung zwischen beiden Taten, kommt die Annahme von Subsidiarität nicht in Betracht. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: A. hat das Kind B. ausgesetzt, nicht um es zu töten, sondern in der Hoffnung, ein anderer werde sich des Kindes annehmen. Nachdem ihm das Kind unerwarteterweise zurückgebracht worden war, beschließt er nach einiger Zeit, sich des Kindes durch Tötung zu entledigen. Hier liegen zwei selbständige Handlungen vor, wobei das konkrete Gefährdungsdelikt keine innere und äußere Beziehung zu dem späteren Verletzungsdelikt aufweist. Schon wegen der völlig abweichenden und voneinander unabhängigen Vorsatzrichtung kann hier eine Straflosigkeit der vorangegangenen Gefährdungstat nicht in Betracht kommen. Vielmehr stellt sich die - an sich geringere - erste Verletzung des Rechtsguts als selbständig gegenüber der zweiten Verletzung des Rechtsguts dar. Auch im Verhältnis des konkreten Gefährdungsdelikts zum Verlet-

226) Geerds, S. 186

zungsdelikt werden deshalb die möglichen Fälle straffloser Vortat Ausnahmeerscheinungen bleiben.

Immerhin läßt sich folgender Fall denken: A setzt das Kind in der Hoffnung aus, es werde von einem hilfreichen Menschen bald gefunden werden. Nachdem er nach einigen Tagen erfährt, daß das Kind nicht gefunden worden ist, unterläßt er es, das Kind zurückzuholen, obwohl er wissen mußte, daß das Kind zu dieser Zeit noch hätte gerettet werden können. In diesem Fall liegt ein deutlicher Vorsatzwechsel vor. Während der Täter zunächst den Tod des Kindes gerade nicht wollte, beschloß er später, den Tod des Kindes nicht zu verhindern. Die Annahme einer Handlung oder einer Handlungseinheit ist hier bedenklich, da die nur gelegentlich eines Dauerdelikts vorgenommenen selbständigen Handlungen zu diesem in Tatmehrheit stehen ²²⁷⁾. Es liegen vielmehr zwei selbständige, in Realkonkurrenz stehende Handlungen vor, die Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut ²²⁸⁾ darstellen, wobei der erste Angriff der schwächere ist. Es ist deshalb wiederum zu prüfen, ob der weniger intensive Angriff aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus straflos bleibt. Der Unrechtsgehalt des vorangegangenen konkreten Gefährdungsdelikts wird voll umfaßt von dem Unrechtsgehalt des nachfolgenden Verletzungsdelikts. Dieses Verletzungsdelikt ist aus der durch die Begehung des konkreten Gefährdungsdelikts entstandenen Situation erwachsen. Objektiv ist das Verletzungsdelikt durch die vorangegangene Gefährdungstat vorbereitet und ermöglicht worden. Damit ergibt sich die Problemstellung der strafflosen Vortat. Es liegen zwei in Realkonkurrenz stehende Delikte vor, die sich als Angriffe

227) Schönke-Schröder, § 73, Anm. II, NJW 52/795

228) § 221 ist nach herrschender Lehre Lebensgefährdungsdelikt.

gegen dasselbe Rechtsgut darstellen, wobei der schwächere Angriff den stärkeren objektiv vorbereitet und ermöglicht hat. Durch die Bestrafung wegen der Verletzungstat ist das geschützte Rechtsgut hinreichend gesichert, so daß beide Handlungen eine Bewertungseinheit bilden. Aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus bleibt die Vortat (konkretes Gefährdungsdelikt) straflos.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die in Lehrbüchern und Kommentaren vertretene Ansicht, wonach das konkrete Gefährdungsdelikt dem Verletzungsdelikt subsidiär sei, einer Korrektur bedarf. Offenbar ist hier nur an die Fälle gedacht, in denen beide Tatbestände durch eine Handlung verletzt werden, in denen also der Täter schon bei Begehung des Gefährdungsdelikts den Vorsatz zur Begehung des entsprechenden Verletzungsdelikts hatte. In diesem Fall ist jedoch das konkrete Gefährdungsdelikt nur unselbständiger Teilakt des Verletzungsdelikts, die Vollendung des Gefährdungsdelikts stellt sich als Versuch der Haupttat dar. Kommt es zur Vollendung entsprechend dem Tatplan, liegt für die juristische Betrachtungsweise nur eine Tatbestandsverwirklichung durch eine Handlung vor.

Diese Fälle betreffen jedoch nicht das Problem der straflosen Vortat, die nur bei Realkonkurrenz denkbar ist. Bei Realkonkurrenz ist eine Subsidiarität des konkreten Gefährdungsdelikts gegenüber dem Verletzungsdelikt nur möglich, wenn das Verletzungsdelikt noch vor Beendigung der Vortat aus dieser in der Weise erwachsen ist, daß das Gefährdungsdelikt die spätere Haupttat objektiv vorbereitet und ermöglicht hat. Besteht ein solcher Zusammenhang nicht, so behält die erste Tat ihre Selbständigkeit und es liegt Realkonkurrenz vor.

6.) Die straflose Vortat beim Zusammentreffen von Tathandlungen im Sinne von "Herstellen einer falschen Urkunde" und "Gebrauchmachen einer gefälschten Urkunde"

Sehr umstritten ist das Problem, in welchem Verhältnis die beiden Alternativen des § 267 StGB, nämlich Herstellen einer falschen Urkunde und Gebrauchmachen einer gefälschten Urkunde, zueinander stehen, falls der Täter beide Delikte begeht. Ausgehend von der unbestrittenen Auffassung, daß es sich bei den beiden Alternativen des § 267 StGB um selbständig begehbare Delikte handelt, ergeben sich die Möglichkeiten, entweder das Herstellen als straflose Vortat anzusehen und nur wegen Gebrauchmachens zu bestrafen²²⁹⁾, oder nur wegen Fälschens zu bestrafen und das Gebrauchmachen als straflose Nachtat aufzufassen²³⁰⁾, sowie schließlich die Möglichkeit, eine Bestrafung wegen beider Delikte in Realkonkurrenz oder Fortsetzungszusammenhang vorzunehmen²³¹⁾.

Eine dogmatisch befriedigende Lösung dieses Problems läßt sich auch hier nur finden, wenn man zunächst untersucht, ob die beiden Alternativen des § 267 StGB durch eine oder mehrere Handlungen verwirklicht worden sind. Dieses Bemühen läßt sich insbesondere in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs erkennen²³²⁾, jedoch überzeugt die dort gegebene Begründung nicht. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, daß dann, wenn das Gebrauchmachen der Urkunde bereits zu dem Vorsatz des Täters bei der Fälschungshandlung gehörte, dieser nur wegen eines Vergehens nach § 267 StGB zu bestrafen sei, da durch die Fälschungshandlung der Tatbestand des § 267 StGB bereits vollendet, aber noch nicht beendet sei; die Fälschungshandlung werde

229) LK, § 267, Anm. 10, Niese, DRiZ 51/177; Schneidewin, Mat. I, 225

230) Schönke-Schröder, § 267, Anm. 6, MDR 51/53, Kohlrausch-Lange, § 267, Anm. VI, Maurach, S. 463, Sachs, MDR 51/587

231) BGH 5/219

232) GA 55/246; BGH 5/292; 17/17

in diesem Fall erst durch das Gebrauchmachen beendet, so daß nur eine Bestrafung wegen der Verwirklichung des Fälschungstatbestandes möglich sei.

Dogmatisch vermag diese Ansicht nicht zu befriedigen. Mit Recht weist bereits Niese ²³³⁾ darauf hin, daß der Unrechtsgehalt des Gebrauchmachens sehr viel größer ist als derjenige der Fälschungshandlung. Wer die Urkunde nur verfälscht hat, braucht bis dahin noch nicht den verbrecherischen Willen zu betätigen, diese Urkunde auch in den Verkehr zu bringen. Es ist als größeres Unrecht zu bezeichnen, wenn jemand eine gefälschte Urkunde anderen zugänglich macht, als wenn er sich zu diesem, für die Rechtsordnung weit gefährlicheren Schritt noch nicht hat entschließen können. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs wird deshalb dem Unrechtsgehalt der beiden Alternativen des § 267 StGB nicht gerecht. Zudem besteht noch ein weiteres Bedenken gegen die Ansicht des Bundesgerichtshofs. Die Unterscheidung zwischen rechtlicher Vollendung und tatsächlicher Beendigung ist für die Beurteilung der Dauerdelikte entwickelt worden, weil sonst bestimmte Fälle einer nachträglichen Beteiligung an der vollendeten, aber noch fortwirkenden Straftat nicht hätten erfaßt werden können und weil auf andere Weise ungerechte Lösungen bei der Frage der Verjährung nicht zu vermeiden gewesen wären. Nicht dagegen ist die Theorie der Unterscheidung zwischen vollendetem und beendetem Delikt entwickelt worden, um eine Handlungseinheit begründen zu können. Gerade darauf läuft aber die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hinaus, der zu dem Ergebnis kommt, daß nur eine Handlung vorliege, da die Gesetzesverletzung der ersten Tat, nämlich des Fälschens, noch nicht beendet sei. Hierin liegt aber eine gewisse Gefahr, denn es

233) Niese, DRiZ 51/178

taucht die Frage auf, ob - streng genommen - auch dann nur eine Handlung angenommen werden kann, wenn der Täter später auf Grund eines neuen Entschlusses unabhängig von der vorangegangenen Fälschungshandlung von der Urkunde Gebrauch macht, denn auch in diesem Fall würde die Fälschungstat noch nicht beendet sein. Es ist zu bedenken, daß man, wenn man die Ansicht vertritt, daß der Tatbestand der Fälschung neben der Vollendung noch eine Beendigung der Tat zulasse, den Zeitpunkt, wann die erste Tat nun wirklich "beendet" sein soll, nur schwer finden kann, falls der Täter nicht die Urkunde selbst vernichtet. Gerade dieses Ergebnis, wonach in den Fällen, in denen der Täter erst nach Vollendung der Fälschungshandlung einen neuen Vorsatz zum Gebrauchmachen faßt, Handlungseinheit angenommen wird, will der Bundesgerichtshof andererseits mit Recht vermieden wissen.

Im übrigen führt aber auch die Ansicht des Bundesgerichtshofs, wonach die Fälschungshandlung erst mit dem Gebrauchmachen beendet sei, zu einem Ergebnis, das im Widerspruch zur materiellen Gerechtigkeit steht. Verfolgt man den Gedanken des Bundesgerichtshofs weiter, gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Täter, der eine Urkunde fälscht, um von ihr später Gebrauch zu machen, nur wegen der Fälschung bestraft wird, da diese Tat erst durch das Gebrauchmachen der Urkunde beendet sein würde. Es ist ersichtlich, daß durch diesen Strafausspruch dem wirklichen Unrechtsgehalt der beiden Delikte nicht Genüge getan wird, da derjenige, der sowohl fälscht als auch von der Urkunde Gebrauch macht, ein sehr viel stärkeres Unrecht begeht als derjenige, der sich nur zu der Fälschungshandlung hat entschließen können. Es erscheint deshalb nicht richtig zu sagen, daß die vollendete Fälschungshandlung erst durch das Gebrauchmachen der Urkunde beendet sei, sondern es ist davon auszugehen, daß es sich bei dem Gebrauchmachen der Urkunde um den zweiten, selbständig wertbaren Akt des zweiteiligen Tatbestandes der Urkundenfälschung handelt.

Der Fehler in der Begründung des Bundesgerichtshofs liegt darin, daß das Verhältnis der beiden Alternativen des § 267 StGB verkannt wird und somit eine Lösung in der für die Dauerdelikte entwickelten Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung gesehen werden soll. Tatsächlich bedarf es aber im Rahmen der bestehenden Dogmatik der Heranziehung dieser für die Dauerdelikte entwickelten Grundsätze nicht.

Die herrschende Lehre sieht mit Recht in dem Tatbestand des § 267 StGB ein zweiaktiges Delikt, d.h. einen Tatbestand, der in zwei Akten begiehbar ist, wobei jeder Teilakt für sich zu einer Strafbarkeit führen kann. Der § 267 StGB ist in dieser Form erst im Jahre 1943 geschaffen worden. Vorher war nur das Gebrauchmachen einer Urkunde strafbar. Hierdurch waren den Strafverfolgungsbehörden jedoch starke Schranken gesetzt, da sie gegen die straflose Fälschungshandlung nicht einschreiten konnten, so daß praktisch ein Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden erst ermöglicht wurde, wenn die Tat des Gebrauchmachens bereits begangen war. Verfolgt man diese historische Entwicklung des § 267 StGB, so ergibt sich, daß durch die Änderung des Tatbestandes im Jahr 1943 erreicht werden sollte, daß auch die Vorbereitung der bisher unter Strafe gestellten Tat des Gebrauchmachens einer unechten Urkunde, nämlich die Herstellung der Urkunde, unter Strafe gestellt werden sollte. Durch die Einführung des Fälschungstatbestandes sollte bereits die Vorbereitungstat für das Delikt, welches das geschützte Rechtsgut eigentlich verletzt - nämlich das Gebrauchmachen - strafrechtlich erfaßt werden²³⁴⁾.

Aus dieser Erwägung ergibt sich weiterhin, daß beide Alternativen des § 267 StGB im Verhältnis von Vorbereitungstat zur Vollendungstat stehen. Beide Tatbestände führen bei ihrer Verwirklichung durch einen Täter unab-

234) Teilweise wird die Fälschung deshalb auch als Gefährungsdelikt angesehen.

hängig zur Bestrafung. Begeht der Täter beide Alternativen, so hat er einmal eine Vorbereitungstat (Verfälschen) und einmal eine Verletzungstat (Gebrauchmachen) begangen.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich noch ein anderer Nachweis aus der historischen Entwicklung. Es ist bisher bei der zahlreichen Behandlung dieses Problems meist übersehen worden, daß die aufgezeigte Fragestellung der Rechtsprechung nicht unbekannt war. Entsprechende Tatbestände hat es nämlich schon früher gegeben. So heißt es in § 10 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14.5. 1879: "Wer zum Zweck der Täuschung im Handel und Verkehr Nahrungsmittel nachmacht oder verfälscht, wird bestraft." Nach § 10 Nr. 2 dieses Gesetzes wird weiterhin bestraft, "wer verdorbene oder nachgemachte oder verfälschte Nahrungs- oder Genußmittel wissentlich verkauft oder unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilhält". Zu diesen Vorschriften hat sich auch eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt.²³⁵⁾

Während das Reichsgericht zunächst grundsätzlich zwei voneinander unabhängige, in Realkonkurrenz stehende Handlungen annahm²³⁶⁾, heißt es sodann in RG 25/101 wörtlich: "Entspringen Herstellung und Verkauf demselben von vornherein gefaßten Entschluß, bildet die erstere nur den ersten unselbständigen Akt der beabsichtigten einheitlichen Handlung, welche sich aus der Fälschung und dem Verkauf des gefälschten Produktes zusammensetzt und mit dem Verkauf erst zur Vollendung gelangt".

Die Akzentverschiebung zwischen der Auffassung des Reichsgerichts und derjenigen des Bundesgerichtshofs ist deutlich. Während der Bundesgerichtshof den für die Dauer-

²³⁵⁾ RG 10/198; 11/355; 25/101; 8/710; 11/166

²³⁶⁾ RG 10/198;

delikte entwickelten Begriff der Beendigung einer Straftat heranzieht (im Gegensatz zur Vollendung) und damit das Hauptgewicht auf die Fälschungshandlung legt, erkennt das Reichsgericht richtig, daß es sich immer dann, wenn der Vorsatz von vornherein auf das Gebrauchmachen gerichtet war, bei der Fälschungshandlung nur um einen unselbständigen Teilakt der eigentlichen, noch nicht vollendeten Haupttat handelt. Die umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage, die sich im Zusammenhang mit den gleichartigen Bestimmungen des § 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12.5.1894 und des § 4 des Lebensmittelgesetzes vom 5.7.1927 entwickelt hat, ist ein wichtiger Nachweis dafür, daß der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschrift des § 267 StGB in der Fassung des Jahres 1943 eine Auslegung dieses Tatbestandes im Sinne dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts im Auge hatte.

Die Auffassung des Reichsgerichts entspricht der bereits hinsichtlich des Verhältnisses von Versuch zur Vollendung, von minder schwerer Beteiligungsform zur schwereren und von konkretem Gefährdungsdelikt zum Verletzungsdelikt in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht. Es muß zunächst unterschieden werden, ob der Täter von vornherein die Absicht hatte, von der Fälschung Gebrauch zu machen, oder ob er zunächst nur die Fälschungshandlung (Vorbereitungstat) begehen wollte und erst später den Entschluß faßte, der ersten Tat das Gebrauchmachen von der Fälschung folgen zu lassen.

Hatte der Täter von vornherein die Absicht, die von ihm gefälschte Urkunde auch im Rechtsverkehr zu gebrauchen, so liegt im juristischen Sinne nur eine Tatbestandsverwirklichung und damit eine Handlung vor. In diesem Fall ist nur ein einziger Angriff gegen das geschützte Rechtsgut anzunehmen, den der Täter in zwei Stufen

- Fälschen und Gebrauchmachen - vollendet; der Täter will eben nur einmal im Rechtsverkehr täuschen. Die Täuschungshandlung ist hier nur ein Teilstück der späteren Gebrauchsstraftat.²³⁷⁾ Nur diese Auffassung wird dem Aufbau des § 267 StGB in historischer und systematischer Hinsicht gerecht und erfaßt voll den Unrechtsgehalt der Tat: Die Fälschungstat ist nichts anderes als ein mit selbständiger Strafdrohung ausgestattetes Vorbereitungsdelikt zum Tatbestand des Gebrauchmachens.

Will der Täter von der von ihm selbst gefälschten Urkunde von vornherein Gebrauch machen, richtet sich sein Vorsatz allein auf diesen Verletzungstatbestand, während die Fälschungshandlung als Vorbereitungstat lediglich unselbständiger Teilakt dieses Delikts ist. Selbst wenn ein längerer zeitlicher Abstand zwischen der Fälschungshandlung, die ihrer Natur nach Vorbereitung oder Versuch des Gebrauchmachens ist, und dem späteren Inverkehrbringen der Urkunde liegt, ist dann, wenn der Vorsatz von vornherein auf das Gebrauchmachen gerichtet war, nur eine Tatbestandsverwirklichung durch eine Handlung im juristischen Sinne anzunehmen, da die Fälschung als Vorbereitungs- oder Versuchstat nur unselbständiger Teilakt der eigentlichen Haupttat, des Gebrauchmachens von der Urkunde, ist. Der Tatbestand des Gebrauchmachens umfaßt dann das Stadium der Vorbereitung und des Versuchs. Die Besonderheit liegt bei § 267 StGB nur darin, daß aus rechtspolitischen Gründen die Vorbereitungstat, nämlich das Fälschen, zu einem selbständigen Straftatbestand erhoben worden ist. Dies ändert aber nichts daran, daß die Fälschungstat ihrem Charakter nach eine Vorbereitungstat bleibt. Für die Beziehungen zwischen beiden Alternativen des § 267 StGB müssen deshalb, wenn beide vom Täter bei gleichbleibendem Vorsatz verwirklicht werden, die gleichen Grundsätze gelten wie hinsichtlich der Beziehung von Vorbereitungs -

237) Niese, DRiZ 51/178

und Versuchstat zur Vollendung.²³⁸⁾

238) In RG 11/359 ist dies folgendermaßen formuliert:
"Sind mehrere Willensakte, von denen jeder für sich allein schon einen Tatbestand erfüllt, vorhanden, so können sie doch subjektiv durch eine einzige, ihnen allen unterliegende Absicht und zugleich objektiv in der Weise, daß sie alle eine bestimmte Wirkung erzielen, die einen strafrechtlichen Tatbestand ausmacht, zu einer einzigen Handlung verbunden werden. Zwar nicht schon dann, wenn der frühere Willensakt das nur wegen der zufälligen persönlichen Verhältnisse oder das nur aus persönlicher Willkür des Täters gewählte Mittel ist, um die beabsichtigte und erst durch den späteren Willensakt vollständig erreichbare Wirkung der Gesamthandlung durchzuführen, wie beim Diebstahl einer Waffe, um damit zu töten, wohl aber dann, wenn die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Gesamthandlung bildet, und wenn zugleich die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind."

Noch deutlicher hat sich das Reichsgericht in RG 67/406 hierzu geäußert:

"Die einzelne Strafdrohung richtet sich in diesen Fällen nicht nur gegen die unmittelbare Herbeiführung der Gefahr, sondern schon gegen ein vorangehendes Tun, das eine Sachlage vorbereitet, aus der das eigentlich bekämpfte Ergebnis herauszuwachsen droht. Ähnliches findet sich auch auf anderen Gebieten. Die Zuwiderhandlungen gegen die Verbote können in solchen Fällen zu bloßen Begehungsformen der Zuwiderhandlung gegen das umfassendere, allgemeinere Verbot der Herbeiführung eines durch die Gesamtheit der Einzelverbote bekämpften Endergebnisses werden, wie z.B. bei dem Verbot der Herstellung und des Verkaufs gefälschter Lebensmittel. Wenn mehrere Begehungsformen der Zuwiderhandlung gegen ein solches umfassendes Verbot auf Grund eines im voraus gefaßten einheitlichen Entschlusses verwirklicht werden, so ist in Schrifttum und Rechtsprechung für die Fälle des Nahrungsmittelgesetzes, der Reichsabgabenordnung und des § 276 StGB Gesetzeseseinheit der Verbote der einzelnen Begehungsformen und dementsprechende Einheit des Vergehens angenommen worden. (RG 11/258; 25/102; 59/326; 66/218;)"

Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit der Ansicht des Reichsgerichts zu dem gleichen Problem bei den erwähnten strafrechtlichen Nebengesetzen. Faßte der Täter von vornherein den Entschluß, von der von ihm gefälschten Urkunde Gebrauch zu machen, so ist das gesamte verbrecherische Geschehen im juristischen Sinne als eine Handlung anzusehen, wobei sich die Fälschungstat als unselbständiger Teilakt (Vorbereitungstat) darstellt. Der dogmatisch bedenklichen Heranziehung der für die Dauerdelikte entwickelten Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung einer Straftat bedarf es nicht. Die Problematik der straflosen Vortat ist in diesem Fall nicht gegeben.

Diese Ansicht, die der Auffassung des Reichsgerichts entspricht ²³⁹⁾, erscheint richtiger als die Meinung des Bundesgerichtshofs, da sie sich im Rahmen der bestehenden Dogmatik bewegt und der historischen Entwicklung des § 267 StGB Rechnung trägt. Die Fälschung ist somit als ein selbständig unter Strafe gestelltes Vorbereitungsdelikt aufzufassen.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob dann, wenn der Täter zunächst die Fälschung der Urkunde begangen hat, und er erst anschließend den Vorsatz faßte, von dieser Gebrauch zu machen, die Fälschung straflose Vortat sein kann. Der Bundesgerichtshof nimmt ohne nähere Begründung echte Realkonkurrenz an. ²⁴⁰⁾

239) RG 11/350 (zum Nahrungsmittelgesetz): "Die Fabrikation, überhaupt die Herstellung der gefälschten Ware soll also schon für sich allein und unabhängig von der Vorschrift gegen den Verkauf strafbar sein, aber es war nicht die Absicht, daß derjenige, welcher sowohl herstellt als auch verkauft, wegen zweier selbständiger Handlungen bestraft werden soll. Das Bedürfnis, woraus die Nr. 1 des § 10 hervorging, war nicht die Ermöglichung doppelter Strafe für den verkaufenden Hersteller, sondern die Ermöglichung der einfachen Strafe für den nichtverkaufenden Hersteller und die Zurückverlegung des Beginns der Strafbarkeit schon in das Stadium der Herstellung."

240) BGH 5/291

Die Annahme von Handlungsmehrheit ist in diesem Fall nicht zu beanstanden. Auch wenn man davon ausgeht, daß das Fälschungsdelikt eine Dauerstraftat sei, kann das Vorliegen einer Handlung oder Handlungseinheit nicht angenommen werden. Während des Dauerdelikts vom Täter begangene strafbare Handlungen stehen mit dem Dauerdelikt nur dann in Ideal-konkurrenz, wenn sie dazu dienen, den rechtswidrigen Zustand aufrechtzuerhalten. Dies ist aber hier nicht der Fall, da nicht die Fälschungshandlung gefördert werden soll, sondern der Täter ein neues Delikt - die eigentliche Verletzungstat - begehen will. Es kann ferner nicht angenommen werden, daß das Dauerdelikt die weitere Straftat subjektiv ermöglichen sollte, da der Täter in dem gegebenen Beispiel ursprünglich an das Gebrauchmachen in dieser Form gar nicht gedacht hat. Es ist deshalb mit der herrschenden Lehre in einem solchen Fall Realkonkurrenz anzunehmen, wenn die spätere Handlung auf einem neuen Entschluß beruhte.

Der Bundesgerichtshof hat es jedoch vermieden, darauf einzugehen, ob in diesem Fall eine scheinbare Konkurrenz vorliegt.

Eine Klärung dieser Frage ist wiederum nur möglich, wenn man das Verhältnis der beiden Alternativen des § 267 StGB zueinander analysiert. Wie bereits erörtert, spricht die historische Entstehung des § 267 StGB, insbesondere der teleologische Gedanke bei Einführung des Fälschungstatbestandes bei der Gesetzesänderung im Jahre 1943 sowie die damals durchaus bekannte feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts zu gleichliegenden Fällen bei verschiedenen strafrechtlichen Nebengesetzen²⁴¹⁾, dafür, daß durch die Einführung des Fälschungstatbestandes bereits die Vorbereitungshandlung für das bis dahin allein strafrechtlich relevante Gebrauchmachen erfaßt werden sollte. Der bis dahin allein bestehende Verletzungstatbestand des Gebrauchmachens sollte ergänzt werden, um bereits die Vorbereitungshandlungen zu diesem Delikt, die für das ge-

241) § 10 Nahrungsmittelgesetz, § 4 Lebensmittelgesetz,
§ 14 d. Gesetzes z. Schutze v. Warenbezeichnungen.

geschütztes Rechtsgut allein schon gefährlich sein könnten, unter Strafe zu stellen.²⁴²⁾ Erfasst man diesen historischen und systematischen Zusammenhang richtig, so ergibt sich, daß beide Alternativen des § 267 StGB den Schutz desselben Rechtsguts bezwecken, daß jedoch der eine Angriff als Vorbereitungstat schwächer ist als der andere. Es ist richtig, wenn das Reichsgericht in diesen Fällen den Täter nur wegen der eigentlichen Verletzungstat bestraft. Daraus ergibt sich die Problematik der straflosen Vortat: Es liegen zwei Handlungen vor, die beide gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind, von denen sich die eine - objektiv gesehen - als Vorbereitungstat der anderen darstellt. Es ist deshalb richtig, davon auszugehen, daß immer dann, wenn der Täter beide Alternativen des § 267 StGB erfüllt, er nur wegen des Gebrauchmachens der Urkunde bestraft werden kann. Hatte der Täter von Anfang an vor, von der von ihm gefälschten Urkunde Gebrauch zu machen, so liegt ohnehin für die juristische Betrachtungsweise nur eine Handlung vor, wobei die Fälschung nur unselbständiger Teilakt des einheitlich wertbaren Geschehens ist²⁴³⁾.

Beruht das Gebrauchmachen auf einem neuen Entschluß, so kann nur Handlungsmehrheit angenommen werden. Die Fälschungstat bleibt jedoch aus dem Gedanken der Subsidiarität straflos, da sie sich objektiv gesehen als Vorbereitungstat des Gebrauchmachens darstellt und beide Handlungen eine Bewertungseinheit bilden. Es liegt dann ein Fall strafloser Vortat vor.²⁴⁴⁾

242) Hierzu Stenglein zu § 12, Anm. 7 Lebensmittelgesetz: "Die richtige Lösung ist, daß in dem Augenblick, wo zur Herstellungshandlung die Vertriebshandlung hinzutritt, die Herstellungshandlung ihr strafrechtliches Eigenleben verliert, als bloße Vorbereitung in der Vertriebshandlung aufgeht. Es ist dann nur wegen der Vertriebshandlung zu bestrafen."

243) LK, 6./7. Aufl., § 267, Anm. I: "Die früher zweiaktige Urkundenfälschung ist jetzt in zwei alternative Tatbestände unter deren Verselbständigung auseinandergelegt, der bisher straflose Versuch des § 267 ist nunmehr unter die Strafdrohung einbezogen."

244) Niese, DRiZ 51/177; Schneidewin, Mat.I, 225, LK, § 267, Anm. 10; Hartung, Steuerstrafrecht (1956), S. 173

Die von dem Bundesgerichtshof in BGH 7/98 geäußerten Bedenken, wonach dieses Ergebnis der materiellen Gerechtigkeit nicht entspreche, vermögen nicht zu überzeugen²⁴⁵⁾. Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, daß durch dieses Ergebnis derjenige, der die Urkunde fälscht und von ihr Gebrauch macht, genauso bestraft werde wie derjenige, der die Urkunde nicht selbst gefälscht habe und lediglich die zweite Alternative des § 267 StGB erfülle. Ein ungerechtes Ergebnis kann jedoch hierin nicht gesehen werden, wenn man die erste Alternative des § 267 StGB richtigerweise als Vorbereitungstat erfaßt, da sich die gleiche Problematik bei allen Delikten ergibt, bei denen die Vorbereitung bereits unter Strafe gestellt ist. Im übrigen sind die Ausführungen des Bundesgerichtshofs auch inkonsequent. In den Fällen, in denen der Täter beide Alternativen auf Grund eines von vornherein gefaßten Entschlusses verwirklicht, kommt nämlich auch der Bundesgerichtshof zu dem gleichen Ergebnis: Der Täter, der beide Alternativen verwirklicht, wird genauso bestraft wie derjenige, der nur eine Alternative erfüllt hat. Es ist deshalb gar nicht einzusehen, weshalb gerade bei Tatmehrheit das gleiche Ergebnis ungerecht sein soll, zumal doch nicht übersehen werden kann, daß der Täter, der von vornherein das Gebrauchsmachen in seinen verbrecherischen Entschluß aufgenommen hat, ungleich verwerflicher handeln kann als derjenige, der diesen Entschluß erst später - bei sich bietender Gelegenheit - gefaßt hat. Die Beweisführung des Bundesgerichtshofs ist somit inkonsequent und wenig überzeugend. Schon Niese²⁴⁶⁾ hat eingehend darauf hingewiesen, daß diese Fragen im Strafmaß hinreichend zu berücksichtigen sind, und daß nur auf diese Weise die verschiedenen Möglichkeiten des § 267 StGB richtig erfaßt werden können.

245) vgl. die Ausführungen auf S. 125

246) Niese, DRiZ 51/177

Die Annahme von echter Realkonkurrenz ist deshalb in diesen Fällen abzulehnen. Sie beruht auf einer Verkenntung des Wesens des Fälschungstatbestandes, der seiner Natur nach Vorbereitungsdelikt ist. Diese Vorbereitungstat ist subsidiär, wenn es bei Handlungsmehrheit zur Verwirklichung der Straftat des Gebrauchmachens kommt. Es liegt ein Fall der straflosen Vortat vor.

7.) Zusammenfassung.

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen:

Der Überblick über die Erscheinungsformen der straflosen Vortat hat gezeigt, daß es sich bei den Fällen der straflosen Vortat zwar einerseits nur um Grenzfälle handelt, die immer dann vorliegen, wenn bei Handlungsmehrheit (im Sinne der Realkonkurrenz) die Vortat die spätere Haupttat als gemeinsamen Angriff gegen das geschützte Rechtsgut objektiv vorbereitet hat, daß sich aber andererseits in zahlreichen Gebieten des Allgemeinen und des Besonderen Teils des Strafrechts Anwendungsmöglichkeiten ergeben.

Wenn die angeführten Beispiele auch nicht vollständig sein können, so zeigen sie doch deutlich die Bestimmungsmerkmale der straflosen Vortat auf. Wenn somit einerseits das Problem der straflosen Vortat bewußt einschränkend interpretiert worden ist, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß es in der Strafrechtsdogmatik Problemstellungen gibt, die ohne Anwendung des Begriffs der straflosen Vortat nicht befriedigend zu lösen sind. Nur auf diese Fälle sollte sich die vorliegende Arbeit beziehen. Gibt es im Rahmen der bestehenden Strafrechtsdogmatik andere Lösungsmöglichkeiten, wie z.B. die richtige Anwendung des Begriffs der Handlung oder der natürlichen

Handlungseinheit, so ist die Erstreckung des Begriffs der straflosen Vortat auf derartige rechtliche Erscheinungsformen bewußt vermieden worden.

Grundvoraussetzung der straflosen Vortat ist, daß zwei selbständige Handlungen vorliegen, die beide dasselbe Rechtsgut angreifen, von denen sich jedoch der geringere Angriff der ersten Tat objektiv als Vorbereitung oder Durchgangsstadium zu der anderen darstellt. Ausgesondert aus diesem Problemkreis sind deshalb in erster Linie die Fälle, in denen die Vorbereitungstat von vornherein subjektiv von dem Täter nur als Durchgangsstadium zu der eigentlichen Haupttat gedacht war. Lediglich dann, wenn die Haupttat auf einem neuen Entschluß beruhte, kann die Möglichkeit des Vorliegens einer straflosen Vortat in Betracht kommen. Hieraus ergibt sich eine wesentliche und vom Ergebnis her dogmatisch erwünschte Einschränkung des Problems. Der Gewinn dieser Auffassung ist in erster Linie darin zu sehen, daß die Fälle der straflosen Vortat im Rahmen der Konkurrenzlehre behandelt werden können.

III. T E I L :

DARSTELLUNG DER FALLE, IN DENEN DIE ÜBLICHERWEISE STRAF- LOS BLEIBENDE VORTAT FÜR DIE STRAFRECHTLICHE BEURTEILUNG VON BEDEUTUNG SEIN KANN.

Es ist nunmehr zu prüfen, welche rechtlichen Konsequenzen sich ergeben, wenn man zu der Erkenntnis gelangt, daß eine Vortat straflos bleibt und im Strafausspruch keine Berücksichtigung findet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Vortat in diesem Fall durch die Bestrafung der Haupttat mit abgegolten sein soll. Dies schließt jedoch nicht aus, daß es dennoch Fälle gibt, in denen die üblicherweise straflos bleibende Vortat im Strafausspruch selbst Berücksichtigung findet.

1.) Verjährung der straflosen Vortat.

Gemäß § 67 StGB beginnt die Verjährung mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen worden ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges. Unter "Erfolg" ist das Ergebnis zu verstehen, daß durch die Vollen-
dung eines deliktischen Tatbestandes ohne Hinzutreten wei-
terer menschlicher Handlungen eintritt. Die Haupttat aber
setzt gerade ein Tätigwerden über den Erfolg der Vortat
voraus. Die Vortat ist somit einerseits Voraussetzung für
die Haupttat, andererseits ist der Erfolg der Haupttat
nur denkbar, wenn zu dem Erfolg der Vortat ein weiteres
Handeln tritt. Da deshalb nach Vollendung der Vortat im
Sinne von § 67 StGB eine zeitliche Zäsur eintritt, beginnt
die Verjährung der Vortat früher als diejenige der Haupt-
tat.

Da die Vortat ihrer Natur nach Vorbereitungstat zu der
eigentlichen Haupttat ist, scheidet die Möglichkeit, daß
die Haupttat verjährt ist, während eine Bestrafung der
Vortat noch möglich sein soll, praktisch aus, da die
Strafdrohung der später beginnenden Haupttat immer höher
sein wird als diejenige der Vortat. Es ist somit nur der
Fall denkbar, daß die Vortat verjährt ist, während die

Haupttat noch der Strafverfolgung unterliegt. Da aber ohnehin nur eine Bestrafung wegen der Haupttat erfolgt, ist dieser Fall rechtlich bedeutungslos.

Die Annahme strafloser Vortat wirkt sich deshalb auf die Verjährungsvorschriften, falls es zur strafbaren Begehung von Vor- und Nachtat kommt, nicht aus. Unterliegt dagegen die Haupttat einer Strafverfolgung aus irgendwelchen Gründen nicht, gelten die für die Vortat bestehenden Verjährungsvorschriften unabhängig von der Verjährung der Haupttat.

2.) Die straflose Vortat beim Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründen.

Es ist nunmehr zu untersuchen, welche Folgen das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründen auf das Verhältnis von Vor- und Haupttat haben kann.

Rechtfertigungsgründe sind solche Umstände, die der regelmäßig vorhandenen Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens entgegenstehen.

Es sind Fälle denkbar, in denen die Vortat gerechtfertigt ist, während für die Haupttat ein solcher Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt, und umgekehrt kann die Vortat rechtswidrig erscheinen, während die Haupttat wegen Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes straflos bleibt. So ist z.B. in dem geschilderten Fall ²⁴⁷⁾, in welchem der Bäcker seinen Lehrling zunächst mit Körperverletzungsvorsatz in die Teigmaschine wirft, und er erst später den Vorsatz faßte, den Lehrling in der Teigmaschine unkommen zu lassen, die Möglichkeit denkbar, daß die Körperverletzung in Notwehr begangen wurde; umgekehrt kann sich aber auch lediglich für die Haupttat eine solche

247) vgl. die Ausführungen auf S. 109

Notwehrsituation ergeben, nämlich dann, wenn das Opfer der Körperverletzung sich nunmehr in einer für den Täter selbst lebensbedrohenden Weise wehren würde.

Eine Lösung kann hier nur aus dem Gedanken der Subsidiarität gefunden werden. Voraussetzung der Subsidiarität ist, daß zwei Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut vorliegen, von denen der eine der schwächere ist, so daß sein Unrechtsgehalt voll von dem stärkeren Angriff umfaßt wird. Ein solches Subsidiaritätsverhältnis kann aber nicht bestehen, wenn eine Strafbarkeit der Haupttat ausgeschlossen ist, während die begrifflich untergeordnete Tat allein strafrechtlich relevant bleibt. Hier wird besonders deutlich, wie wenig sinnvoll es ist, die Auslegungsregeln "Spezialität", "Konsumtion" und Subsidiarität" als logische Gesetze zu bezeichnen. Käme es nämlich nur auf das angeblich logische Verhältnis der Tatbestände zueinander an, so wäre dieses Ergebnis nicht ohne weiteres zwingend, denn begrifflich bleibt die Vortat der tatbestandsmäßigen Haupttat untergeordnet. Nur wenn man erkennt, daß der Gedanke der Subsidiarität aus teleologischen Gründen gefunden worden ist, wird das Ergebnis auch begrifflich deutlich: Die untergeordnete Tat muß ihre Selbständigkeit bewahren, wenn es zu einer Bestrafung der Haupttat nicht kommt, weil dem Täter für diese Tat Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen.

Dieselben Erwägungen müssen auch dann Platz greifen, wenn der Täter bei Begehung der Tat unzurechnungsfähig war oder wenn ihm ein Schuldausschließungsgrund zur Seite stand.

Befindet sich der Täter bei Begehung der Vortat oder der Haupttat in einem Zustand von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, während bei Begehung der jeweils anderen Handlung diese Voraus-

setzung nicht gegeben ist, so liegt für die im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit ausgeübte Tätigkeit "keine strafbare Handlung" vor. Damit entfällt genau wie bei den Rechtfertigungsgründen die Subsidiaritätsbeziehung zwischen beiden Taten. Vortaten, die im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begangen worden sind, begründen wegen § 51 Abs. I StGB von vornherein keine Strafbarkeit des Täters, und Sicherungsmaßregeln kommen nicht in Betracht, da der Täter in den hier erörterten Fällen bei Begehung der Haupttat wieder zurechnungsfähig war. Genauso können aber die im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Haupttaten im strafrechtlichen Sinne nicht als Fortführung des früher vorbereiteten Angriffs aufgefaßt werden. Kann die Haupttat aus den Gründen des § 51 Abs. I StGB strafrechtlich nicht verfolgt werden, so entfällt die Subsidiarität der Vortat, wenn der Täter bei ihrer Begehung zurechnungsfähig war; sie behält vielmehr den ihr eigenen strafrechtlichen Charakter, so daß der Täter wegen der im Zustand der Zurechnungsfähigkeit begangenen Vortat zu bestrafen ist.

Auch bei den Schuldaußschließungsgründen ergeben sich die gleichen Schlußfolgerungen. Stand dem Täter bei Begehung der Vortat ein Schuldaußschließungsgrund zur Seite, der ihm bei Begehung der Haupttat fehlte, so ist er nur wegen der Haupttat zu bestrafen. Hatte dagegen der Täter nur bei Begehung der Haupttat einen Schuldaußschließungsgrund, so ist er wegen der Vortat zu bestrafen, da ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen beiden Handlungen nicht vorliegt. Auch bei Annahme eines Verbotsirrtums ergibt sich das gleiche Ergebnis: Bezog sich der Verbotsirrtum auf die Vortat, ist der Täter wegen der Haupttat zu bestrafen, bezog er sich auf die Haupttat, kann der Täter wegen der Vortat bestraft werden.

3.) Die Auswirkungen des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch der Haupttat auf die straflose Vortat.

In Betracht kommen hier die Fälle des sog. qualifizierten Versuchs, wenn also die Tat, die sich zunächst als Versuch darstellt, zugleich ein vollendetes Delikt ist. Tritt z.B. derjenige Täter, der zunächst nur eine Anstiftung begehen wollte, der aber später auf Grund eines neuen Tatentschlusses die Tat als Mittäter mit dem Angestifteten zusammen ausführt, von der Mittäterhandlung strafbefreiend zurück, so bleibt die erste Anstiftungshandlung vollendet. In diesem Fall wird der Täter wegen der vollendeten Vortat bestraft. Der Täter kann nicht wegen eines Deliktes straflos bleiben, weil er später noch ein schwereres Delikt auszuführen gedachte.²⁴⁸⁾ Da eine Bestrafung wegen der Haupttat nicht vorgenommen wird, kann die Vortat auch nicht subsidiär sein. Die Vortat, die straflos wäre, wenn der Täter wegen der Haupttat bestraft werden würde, gewinnt somit wieder eine selbständige strafrechtliche Relevanz, wenn der Täter vom Versuch der Haupttat mit strafbefreiender Wirkung zurücktritt. Richtig erscheint allerdings die Erwägung von Schönke-Schröder²⁴⁹⁾, daß es oft aus Gründen der Billigkeit richtig erscheine, die Strafverfolgung geringfügiger Vortaten in diesem Falle nach § 153 StPO einzustellen.

Eine ähnliche Problematik ergibt sich bei § 153 StGB gegenüber § 154 StGB und bei § 223 StGB gegenüber § 212 StGB. Tritt der Täter vom Meineidsversuch strafbefreiend zurück, bleibt die Strafbarkeit wegen der vollendeten un-
eidlichen falschen Aussage, tritt er vom Tötungsversuch zurück, bleibt die Strafbarkeit wegen der vollendeten Körperverletzung. Da auch bei der straflosen Vortat ein gesetzlicher Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt wird, hat der Rücktritt vom Versuch der Haupttat die rechtliche Wirkung, daß der Täter nunmehr wegen der Vortat bestraft wird, da diese nur dann subsidiär ist,

248) RG 68/207; BGH 1/156; Schönke-Schröder, § 46, Anm. IV
249) Schönke-Schröder, § 46, Anm. IV, 36

wenn es zu einer Bestrafung wegen der Haupttat kommt.

4.) Die Teilnahme an der straflosen Vortat.

Die Beteiligung zweier oder mehrerer Personen im Sinne der Mittäterschaft bei der Vor- und Haupttat läßt sich in verschiedenen Formen denken:

- a.) Jeder der Beteiligten erfüllt für sich den gesamten Tatbestand sowohl der Vortat als auch der Haupttat, und zwar in bewußtem und gewollten Zusammenwirken. Die besondere rechtliche Gestaltung des Verhältnisses zwischen Vor- und Haupttat kommt bei jedem Beteiligten in gleichem Maße zum Ausdruck, da jeder von ihnen rechtswidrig und schuldhaft beide Tatbestände erfüllt hat. Es haftet somit jeder als Mittäter im Sinne von § 47 StGB.
- b.) Das Zusammenwirken der Beteiligten erstreckt sich nicht auf die Verwirklichung der gesamten Tatbestände der Vor- und Haupttat, sondern umfaßt jeweils nur einen Teil des Tatbestandes der beiden Straftaten. Hier vollzieht jeder der Beteiligten sowohl bei der Vortat wie bei der Haupttat Ausführungshandlungen der jeweiligen Tatbestände, die erst in ihrem Zusammenhang diesen vollständig erfüllen. Nach der herrschenden subjektiven Theorie haftet auch in diesem Fall jeder Täter als Mittäter, selbst wenn sich der tatsächliche Tatbeitrag eines Täters nur auf die Vortat erstreckte, da ihm die Tat als Ganzes zuzurechnen ist. Steht somit die Planung des Verbrechens und die Verteilung der Rollen von vornherein fest, so ist jeder Täter nach § 47 StGB zu bestrafen, unabhängig von seiner Rolle bei der Vor- und Haupttat. Dies gilt auch für die sukzessive Mittäterschaft, die vor allem im Rahmen des Problemkreises der straflosen Vortat von Bedeutung ist. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Ausgehend von dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen

Fall des Einbruchs in die Verkaufsbude ²⁵⁰⁾, der in dieser Untersuchung weitgehend als Beispiel gedient hat ²⁵¹⁾, läßt sich folgende Abwandlung denken:

Die Täter haben beim Eintreffen der Polizei zunächst von ihrem Vorhaben Abstand genommen; nachdem die Polizei vorbeigefahren ist, führten sie ihr zunächst mißglücktes Vorhaben aus; erst in diesem Augenblick taucht ein Dritter auf, der sich an dem Diebstahl beteiligt. Das Ergebnis ist in diesem Fall das gleiche: Der später hinzugetretene Täter (sukzessive Mittäterschaft) wird ebenfalls wegen gemeinschaftlich begangenen Diebstahls bestraft. Die Vortat der anderen bleibt straflos. Der Unterschied, der darin liegt, daß die anderen Täter zusätzlich die straflose Vortat begangen haben, läßt sich nicht im Strafausspruch, sondern nur in der Strafzumessung erfassen. Die Möglichkeiten des Vorliegens einer straflosen Vortat für den Fall, daß die Mittäter für die Haupttat verantwortlich sind, bleiben somit begrenzt.

Wesentlich anders ist die Rechtslage, wenn sich die Beteiligung eines Teilnehmers nur auf die Vortat beschränkt, wenn also ein Teilnehmer in dem gegebenen Beispiel des Einbruchs in die Verkaufsbude nach dem Scheitern des Einbruchsversuchs von seinem Vorhaben Abstand genommen hat, während die übrigen Mittäter nach dem Vorbeifahren der Polizei allein den vollendeten Diebstahl begehen. In diesem Fall wird der eine Mittäter wegen versuchten Diebstahls bestraft, während die anderen Mittäter wegen dieses gemeinschaftlich begangenen Versuchs nicht bestraft werden, weil für sie diese Straftat wegen der Bestrafung für die nachfolgende Vollendungstat subsidiär ist.

250) BGH 4/219

251) S. 18

Ähnlich liegen die Probleme bei Anstiftung und Beihilfe. Hier ist naturgemäß zu berücksichtigen, daß sich in der Regel die Teilnahme an der Vortat zugleich als Teilnahme an der Haupttat darstellt. So wird die Anstiftung zur Vortat naturgemäß zugleich Beihilfe zur Haupttat sein. Auch kann sich die Anstiftung zur Vortat als psychische Beihilfe zur Haupttat auswirken. Immerhin sind aber Fälle denkbar, in denen eine Beteiligung nach Inhalt und Schuldvorstellung des Teilnehmers lediglich bei der Vortat in Frage steht oder in denen die Beteiligungsform in beiden Angriffsstadien auf das geschützte Rechtsgut verschieden ist. Beschränkt sich in diesem Sinne die Anstiftungs- und Beihilfehandlung, was nur in Ausnahmefällen möglich sein wird, auf die Vortat, so haftet der Anstifter oder Gehilfe nur wegen der Beteiligung an der Vortat. Auch hier ergibt sich die Lösung, daß der Gehilfe oder Anstifter nur wegen der Beteiligung an der Vortat bestraft wird, während der eigentliche Täter für dieselbe Vortat nicht bestraft wird, weil der Unrechtsgehalt dieser Tat für ihn durch die Bestrafung wegen der Haupttat mit abgegolten ist. Der Teilnehmer an der Vortat in Form der Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe haftet nur wegen der Teilnahme an der Vortat, wenn sich sein Vorsatz und sein Tatbeitrag - was nur in Ausnahmefällen anzunehmen ist - auf die Vortat beschränkt hat. Der Täter, der auch die Haupttat ausführt, wird wegen der Haupttat bestraft, da die Vortat dann subsidiär ist.

A N H A N G :

Möglichkeiten der gesetzlichen Regelung der straflosen
Vortat im Rahmen der großen Strafrechtsreform.

Als Ergebnis der vorliegenden Arbeit ist herausgestellt worden, daß es möglich ist, den größten Teil der herkömmlicherweise als straflose Vortaten bezeichneten Erscheinungsformen im Rahmen der bestehenden Dogmatik zu lösen, ohne daß es der Anwendung des Gedankens einer übergesetzlichen Subsidiarität bedarf. Voraussetzung ist, daß man erkennt, daß zwar einerseits richtigerweise die straflose Vortat den Charakter einer Vorbereitungstat hat, daß aber andererseits auch nicht jede vorbereitende Handlung unter dem Begriff der straflosen Vortat zusammengefaßt werden kann. Sind die vorbereitenden Handlungen subjektiv vom Täter von vornherein nur als Teilakte des auf die Vollendung ausgerichteten Geschehens gedacht gewesen, und hat dieser den Vorsatz unverändert bis zur Vollendung beibehalten, so erscheint der juristischen Betrachtungsweise der gesamte Tatkomplex ohnehin nur als eine Handlung. Die gleiche Problematik findet man auch dann, wenn das eine Delikt notwendiges Durchgangsstadium zur Begehung eines schwereren Delikts ist, so bei den konkreten Gefährdungsdelikten gegenüber den entsprechenden Verletzungsdelikten, bei der Körperverletzung gegenüber der Tötung sowie bei der uneidlichen falschen Aussage gegenüber dem Meineid.

Dadurch ergibt sich eine wesentliche Einschränkung des Problems der straflosen Vortat: Als straflose Vortaten, die auf Grund des Subsidiaritätsverhältnisses zurücktreten können, kommen somit nur diejenigen Handlungen in Betracht, die nur objektiv und retrospektiv gesehen, Vorbereitungshandlungen sind, bei denen jedoch wegen

des mangelnden einheitlichen Entschlusses die Annahme einer Handlung oder Handlungseinheit ausgeschlossen ist. Beschränkt man das Problem der straflosen Vortat auf diese Erscheinungsformen, so ergibt sich, daß nur verhältnismäßig wenig Möglichkeiten für die Annahme einer straflosen Vortat übrigbleiben. Am häufigsten werden straflose Vortaten im Bereich der Teilnahmehandlungen und beim Versuch sowie bei der Urkundenfälschung vorkommen, während die übrigen dargestellten Fälle sich auf Grenzsituationen beziehen, die zwar möglich sind, aber in der Praxis kaum feststellbar sein werden, schon aus ersichtlichen Beweisschwierigkeiten.

Trotzdem kann auf die begriffliche Klärung der straflosen Vortat nicht verzichtet werden, da die beschriebenen Fälle durch die Anwendung der Begriffe der natürlichen oder juristischen Handlungseinheit oder der Gesetzeskonkurrenz nicht zu erfassen sind.

Die Möglichkeit einer im Gesetz nicht ausgedrückten Subsidiarität, also des Zurücktretens des einen Gesetzes hinter dem anderen ohne gesetzliche Regelung, muß vom gesetzgeberischen Standpunkt aus unerwünscht bleiben. Stets wird hier die Gefahr sein, daß in der Rechtsprechung ein derart schwer faßbarer Begriff wie der Subsidiaritätsgedanke falsch ausgelegt wird und daß Parallelen gezogen werden, die der Sachlage nicht entsprechen. Schon aus diesem Grunde konnte es nur das Ziel dieser Arbeit sein, den Begriff der straflosen Vortat möglichst einzuschränken. Es fragt sich nun, ob es für die Fälle, die ohne Heranziehung des Begriffs der straflosen Vortat nicht gelöst werden können, eine gesetzliche Regelung erstrebenswert wäre, etwa im Anschluß an die Konkurrenzregelung in folgender Form:

Ist die Vorbereitung oder der Versuch einer Straftat selbständig unter Strafe gestellt, so erfolgt, wenn es

zur Begehung der vorbereiteten oder versuchten Tat kommt, eine Bestrafung wegen der Vorbereitungs- oder Versuchstat auch dann nicht, wenn die Begehung des beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens auf einem neuen Entschluß beruht.

Aber auch eine derartige gesetzliche Regelung würde nur neue Zweifelsfragen mit sich bringen. Der Richter würde auch in diesem Fall gezwungen sein, eine Prüfung darüber anzustellen, ob ein Subsidiaritätsverhältnis vorliegt, ob die Tat als Vorbereitungs- oder Versuchstat anzusehen ist oder nicht. Sicherlich würden durch die Schaffung einer derartigen gesetzlichen Regelung viele Zweifelsfragen gelöst werden können, andererseits läßt sich aber nicht verhindern, daß neue Zweifelsfragen auftauchen. Eine wesentliche Besserung des bestehenden Rechtszustandes wird hierdurch nicht erreicht. Es bleibt deshalb nur vorzuschlagen, daß Rechtsprechung und Lehre bemüht sein müssen, eine Ausdehnung des Subsidiaritätsgedankens zu verhindern, was im Rahmen einer richtig verstandenen Bestimmung und Abgrenzung des Handlungsbegriffs, wie in dieser Untersuchung gezeigt worden ist, möglich sein kann. Die verbleibenden Fälle der straflosen Vortat (Subsidiarität bei Handlungsmehrheit in Form der Realkonkurrenz) können zweckmäßigerweise nicht einer allgemein gehaltenen Normierung unterworfen werden, da eine gesetzliche Regelung nicht allen Möglichkeiten gerecht werden würde. Die Klärung und Festlegung, insbesondere aber auch Einschränkung dieser Fälle ist somit der Rechtsprechung der Revisionsgerichte zu überlassen. Nur hierdurch kann ermöglicht werden, daß eine genaue Umschreibung und begriffliche Klärung erreicht wird, wie es z.B. bei den Fällen der Spezialität, Konsumtion und der straflosen Nachtat bereits geschehen ist. Der Begriff der straflosen Vortat, der bisher in der

Rechtsprechung grundsätzlich vermieden worden ist, wird deshalb auch ohne gesetzliche Regelung von Rechtsprechung und Lehre festgelegt werden können.

Dies schließt jedoch nicht aus, daß in Einzelfällen, die besonders häufig vorkommen, eine gesetzliche Regelung in einen Tatbestand aufgenommen wird, so insbesondere in den § 267 StGB. Bei der Vielfalt und Gegensätzlichkeit der hierzu vertretenen Ansichten wäre eine Normierung, wie sie Schneidewin²⁵²⁾ vorschlägt, zu befürworten. Danach müßte § 267 StGB folgende Fassung erhalten:

"Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Gefängnis bestraft. Wer ein solches Gebrauchmachen dadurch vorbereitet, daß er zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder sich eine unechte oder verfälschte Urkunde verschafft, wird nach den für den Versuch geltenden Vorschriften bestraft."

Durch diese Fassung des Gesetzes würde klar herausgestellt werden, daß es sich bei der Fälschungstat nur um eine Vorbereitungstat handelt. Für den Begriff der straflosen Vortat würde sich ergeben, daß die Fälle, in denen der Täter die Tat zunächst vorbereitet und versucht und anschließend auf Grund neuen Vorsatzes die Tat vollendet hat, dahin zu regeln sind, daß nur eine Bestrafung wegen des vollendeten Delikts vorgenommen wird. Insoweit würde hier der allgemeine Subsidiaritätsgedanke seinen Ausdruck finden.

Abgesehen hiervon erscheint es aber richtiger, den Begriff der straflosen Vortat der Klärung und Festlegung durch die Rechtsprechung zu überlassen, die bemüht sein

252) Schneidewin, Mat. I, S. 226

muß, einerseits eine Ausdehnung dieses Begriffs zu vermeiden, andererseits aber auch davon auszugehen hat, daß die Fälle, die ohne Anwendung des Begriffs der Subsidiarität nicht zu klären sind, dadurch gelöst werden, daß auf den dogmatisch ausgewiesenen Rechtsgrund, nämlich die Subsidiarität bei Handlungsmehrheit, Bezug genommen wird.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S :

- B ä r , Hermann: Die Subsidiarität im Strafrecht, Diss. Heidelberg, 1926 = Bär
- B a u m a n n , Jürgen: Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl. 1964, = Baumann
- B a u m a n n , Jürgen: Strafloze Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, in MDR 1959/10 ff. = Baumann MDR
- v. B a u m b a c h , Hans: Strafloze Vor- und Nachtat, Diss. Marburg, 1929 = v. Baumbach
- B e c k e r , Hans: Die mitbestrafte Tat im Bereich der Aneignungsdelikte, Diss. Mainz, 1956 = Becker
- B e l i n g , Ernst v.: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906 = Beling
- B i n d i n g , Karl: Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885 = Binding, Hdbch.
- B i n d i n g , Karl: Lehrbuch des Gemeinen Strafrechts, Bes. Teil, 2. Aufl. 1902 = Binding
- B o e h r i n g e r , Manfred: Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927, Diss. Tübingen, 1930 = Boehringer

- v. B u r i , N.: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart 1879 = v. Buri.
- B u s c h , Richard: Zum Verbrauch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68/3 = Busch, ZStW.
- B u s c h , Richard: Zum Verhältnis von uneidlicher Falschaussage zum Meineid, GA 56/257 = Busch, GA
- C o n r a d , Heinrich: Der Begriff und die Bedeutung der Konsumtion (Absorption) eines Tatbestandes durch einen anderen in Deutschen Reichsstrafrecht, Diss. Gießen, 1922 = Conrad
- D a l c k e , A.: Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., bearb. von Fuhrmann-K. Schäfer, 1961 = Dalcke
- zu D o h n a , Graf Alexander: Der Aufbau der Verbrechenslehre Bonn, 1947 = zu Dohna
- D r e c h s l e r , Richard: Die mitbestrafte Tat (Straflose Vor- und Nachtat), Diss. Leipzig, 1936 = Drechsler

- E b e r m a y e r , Ludwig/
L o b e , Adolf/
R o s e n b e r g , Werner: Strafbgesetzbuch, (Leipziger
Kommentar), bearbeitet von
Nagler und Mezger, 8. Aufl.
1958 = LK
- F r a n k , Reinhard: Das Strafbgesetzbuch für das
Deutsche Reich, 5. - 7. Aufl.
1908 = Frank, 1908
- F r a n k , Reinhard: Das Strafbgesetzbuch für das
Deutsche Reich, 18. Aufl.
1931 = Frank 1931
- F r e u d , Karl: Die straflose Nachtat, Diss.
Kiel, 1932 = Freud
- F r e y m a n , Kurt: Das Zusammentreffen von Ver-
letzungs- mit Gefährdungsde-
likt im Strafrecht, Diss.
Heidelberg, 1912 = Freyman
- G e e r d s , Friedrich: Zur Lehre von der Konkurrenz
im Strafrecht, Hamburg, (Heit-
mann) 1961, Kieler Rechtswis-
senschaftliche Abhandlungen
Nr. 2, = Geerds
- G e l b e r t , Karl: Die mitbestrafte Tat, Diss.
Heidelberg 1934 = Gelbert
- G e l b e r t , Karl: Die örtlichen und zeitlichen
Grenzen der Strafgewalt im Ge-
biet der mitbestraften Tat,
JR 1935/182 = Gelbert JR

- G l o e d e , Hermann: Die Konkurrenz bei der Schuldig-
sprechung in ihrem logischen
Aufbau, Diss. Marburg 1937=Gloede
- H ä l s c h n e r , Hugo: Das Gemeine Deutsche Strafrecht,
1881, Bonn = Hälschner
- H a r t u n g , Fritz: Tateinheit und künstliche Ver-
brechenseinheiten in der neueren
Rechtsprechung des Reichsgerichts
SJZ 50/326 = Hartung
- H e y d e n , Karl: Die Subsidiarität der Strafge-
setze, Diss. Erlangen, 1907 =
Heyden
- H i r s c h b e r g ,
Rudolf: Zur Lehre von der Gesetzeskon-
kurrenz, ZStW 53/34 = Hirschberg
- v. H i p p e l , Robert: Deutsches Strafrecht, 1. Band,
Allgemeine Grundlagen, 1925,
Berlin = v. Hippel I
- v. H i p p e l , Robert: Deutsches Strafrecht, 1930, Bd.
II, Berlin = v. Hippel II
- H o n i g , Richard: Studien zur juristischen und
natürlichen Handlungseinheit,
1925, Mannheim/Berlin/Leipzig =
Honig, Studien
- H o n i g , Richard: Strafflose Vor- und Nachtat,
1927, Leipzig, = Honig
- H ö p f n e r , Wilh.: Einheit und Mehrheit der Ver-
brechen, Berlin 1901, = Höpfner

- J e s c h e k , Hans: Die Konkurrenzen, in ZStW 67/529
= Jeschek ZStW
- J e s c h e k , Hans: Die Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofs in Strafsachen, GA
1955/104 = Jeschek, GA
- K l u g , Ulrich: Zum Begriff der Gesetzeskonkur-
renz, ZStW 68/399 = Klug
- K n ö r , Hans: Kann bei einer Willensbetätigung
eine Verbrechensmehrheit im
Sinne der Realkonkurrenz vorlie-
gen ? Diss. Erlangen 1914 = Knör
- K ö h l e r , August: Die Grenzlinien zwischen Ideal-
konkurrenz und Gesetzeskonkur-
renz, München 1900, = Köhler
- K o h l r a u s c h , A./ Straßengesetzbuch, 43. Aufl. 1961
L a n g e , Richard: Berlin = Kohlrausch - Lange
- K r u l l , Walter: Nach welchen Gesichtspunkten ist
die Frage zu entscheiden, ob ein
und dieselbe Handlung im Sinne
des § 73 StGB oder ob mehrere
Handlungen im Sinne des § 74
StGB vorliegen ? Diss. Erlangen
1918 = Krull
- L a n g - H i n r i c h - Zur Problematik der Lehre vom
s e n , Dietrich: Tatbestands- und Verbotsirrtum,
JR 52/184, = Lang-Hinrichsen, JR
- L e n t , Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im Bür-
gerlichen Recht und Zivilprozeß,
1. Bd., 1912, Leipzig, = Lent

- L i l i e n f e l d , Iwan: Die straflose Vortat, Diss.
Freiburg, 1933 = Lilienfeld
- v. L i s z t , Franz: Lehrbuch des Deutschen Straf-
rechts, 3. Aufl., 1888 =
v. Liszt
- v. L i s z t , Franz/
S c h m i d t , Eberhard: Lehrbuch des Deutschen Straf-
rechts, 26. völlig neu bearbei-
tete Aufl., 1932, Berlin/Leip-
zig, bearbeitet von Eberhard
Schmidt = Liszt-Schmidt
- M a u n z e n , Walter: Die Handlungseinheit im Straf-
recht, Diss.Kiel 1934 =Maunzen
- M a u r a c h , Reinhart: Deutsches Strafrecht, 3.Aufl.,
1965, Karlsruhe, Allgemeiner
Teil = Maurach, AT
- M a u r a c h , Reinhart: Deutsches Strafrecht, Beson-
derer Teil, 4.Aufl., 1964,
Karlsruhe, = Maurach, BT
- M a y e r , Hellmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Stuttgart 1953 = H.Mayer
- M a y e r , Max Ernst: Der Allgemeine Teil des deut-
schen Strafrechts, 2.Aufl.
Heidelberg 1930 = M.E. Mayer
- M e z g e r , Edmund: Strafrecht, Lehrbuch, 3.Aufl.
1949, = Mezger, Lehrbuch

M e z g e r , Edmund/
B l e i , Hermann:

Strafrecht. (Ein Studienbuch)
I. Allgemeiner Teil, 10. Aufl.
1963

M ü h l m a n n , Erich/
B o m m e l , Gert:

Das Strafrecht, Straubing 1949,
= Mühlmann-Bommel

N i e s e , Werner:

Empfiehlt sich die Einführung
einer einheitlichen Strafe auch
in den Fällen der Realkonkur-
renz?, Materialien zur Großen
Strafrechtsreform, 1. Bd., S.
155 = Niese, Mat. I

N i e s e , Werner:

Wie verhält sich das "Gebrauch-
machen" zum "Fälschen" in §
267 StGB?, DRiZ 1951/177 =
Niese, DRiZ

v. O l s h a u s e n ,
Johannes

Kommentar zum StGB für das
Deutsche Reich, 12. Aufl. 1942,
bearbeitet von Freiesleben,
Hörchner, Kirchner, Nietham-
mer, = v. Olshausen

P e t t e r s ,

Strafgesetzbuch, 22. Aufl. 1954
= Petters

S a u e r , Wilhelm:

Allgemeine Strafrechtslehre,
3. Aufl., 1955 = Sauer

S c h a c h n o w , Felix:

Unselbständige Handlungen,
eine Lücke im geltenden Straf-
recht, Diss. Greifswald 1922 =
Schachnow.

- S a c h s , Walter: Das rechtliche Verhältnis
fälschlicher Herstellung (Ver-
fälschung und Gebrauchs einer
Urkunde) in § 267 StGB, MDR
51/587 = Sachs
- S c h m i t t , Rudolf: Die Konkurrenz im geltenden und
künftigen Strafrecht, ZStW 75/
43 ff. und 179 ff. = Schmitt
- S c h n e i d e r ,
Ursula: Das Bestreben der höchstrichter-
lichen Rechtsprechung, die wei-
tere Anwendung der Begriffe
fortgesetzte Handlung und straf-
lose Vor- und Nachtat einzudäm-
men, Diss. Münster, 1950, =
Schneider
- S c h n e i d e w i n ,
Karl: Inwieweit ist es möglich und
empfehlenswert, die Art der Kon-
kurrenzen zwischen mehreren
Straftatbeständen im Gesetz
auszudrücken?, Mat. I, S. 221
ff. = Schneidewin
- S c h ö n k e , Adolf/
S c h r ö d e r , Horst: Strafgesetzbuch, 12.Aufl. 1965,
= Schönke-Schröder
- S c h r ö d e r , Hans: Die straflose Nachtat, Diss.
Gießen 1928 = Schröder, Hans
- S c h r ö d e r , Horst: Sicherungsbetrug und
Sicherungserpressung, MDR 50/
398 = Schröder, Horst, MDR

- | | |
|--|---|
| S c h w a r z , Otto/
D r e h e r , Eduard: | Strafgesetzbuch, 27. Aufl.
1965, = Schwarz-Dreher |
| S i e g e r t , Karl: | Beihilfe zur straflosen Nach-
tat, GA 77/68 ff = Siegert |
| W e g n e r , Arthur: | Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Göttingen 1951 = Wegner |
| W e l z e l , Hans: | Das Deutsche Strafrecht, 9.
Aufl., 1965 = Welzel |
| W i l h e l m i , Hans: | Wirkliche und scheinbare Kon-
kurrenz von Verletzungs- und
Gefährdungsverbrechen gegen
Leib und Leben, Diss. Greifs-
wald 1912 = Wilhelmi |

LEBENS LAUF

Ich wurde am 3. Juli 1931 in Halle (Saale) als Sohn des Apothekers Dr. Dr. Herbert Haase und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Kasbaum, geboren. Meine Kindheit verlebte ich in meinem Elternhaus in Halle. Dort besuchte ich auch von 1937 - 1941 die Volksschule und anschließend bis 1949 die Latina der Franckeschen Stiftungen. Am 25. Juni 1949 bestand ich die Reifeprüfung. Ab November 1949 studierte ich Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Am 3. Juni 1953 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab. Anschließend trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz ein. Am 7. Juni 1957 bestand ich die große juristische Staatsprüfung. Seit dem 14. September 1957 bin ich als Richter beim Landgericht Mainz tätig. Am 1. Oktober 1961 wurde ich zum Landgerichtsrat ernannt. Die mündliche Prüfung zur Promotion legte ich am 21. Dezember 1965 ab.

